

Coleção Direito e Justiça Social  
VOLUME XII

# Perspectivas do Discurso Jurídico:

Contribuições da História e  
Filosofia ao Direito Contemporâneo

Alfredo de J. Flores  
Alejandro Montiel Alvarez  
Anderson Vichinkeski Teixeira  
Wagner Feloniuk  
Organizadores

**Perspectivas do discurso jurídico:**  
contribuições da História e Filosofia  
ao Direito Contemporâneo

**COLEÇÃO DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL**  
volume 12



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE-  
FURG

Reitora  
CLEUZA MARIA SOBRAL DIAS  
Vice-Reitor  
DANILO GIROLDI  
Chefe do Gabinete da Reitora  
JACIRA CRISTIANE PRADO DA SILVA  
Pró-Reitor de Extensão e Cultura  
DANIEL PORCIUNCULA PRADO  
Pró-Reitor de Planejamento e Administração  
MOZART TAVARES MARTINS FILHO  
Pró-Reitor de Infraestrutura  
MARCOS ANTONIO SATTE DE AMARANTE  
Pró-Reitor de Graduação  
RENATO DURO DIAS  
Pró-Reitora de Assuntos Estudantis  
DAIANE TEIXEIRA GAUTÉRIO  
Pró-Reitora de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas  
ALINE RODRIGUES DE AVILA  
Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação  
EDUARDO RESENDE SECCHI

## Comitê Editorial Coleção Direito e Justiça Social

Adélie Pomade, França  
Brigitte Feuillet-Liger, França  
Carmén Dominguez Hidalgo, Chile  
David Le Breton, França  
François Furkel, Alemanha  
Amel Aouij-Mrad, Tunísia  
Maria Cristina Cereser Pezzella, RS Brasil  
Maria de Fátima Freire de Sá, MG Brasil  
Tereza Rodrigues Vieira, PR Brasil  
Verónica San Julian Puig, Espanha  
Vicenzo Durante, Itália  
Christine Lazerges, França

### EDITORA DA FURG

Coordenadora  
CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA

### COMITÊ EDITORIAL

Presidente  
DANIEL PORCIUNCULA PRADO  
  
Titulares  
ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO  
ANDRE ANDRADE LONGARAY  
ANGELICA CONCEIÇÃO DIAS MIRANDA  
CARLA AMORIM NEVES GONÇALVES  
CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA  
EDUARDO RESENDE SECCHI  
ELIANA BADIALE FURLONG  
GIONARA TAUCHEN  
LUIZ EDUARDO MAIA NERY  
MARCELO GONÇALVES MONTES D'OCA  
MARCIA CARVALHO RODRIGUES  
RAÚL ANDRÉS MENDOZA SASSI

Editora da FURG  
Campus Carreiros  
CEP 96203 900 – Rio Grande – RS – Brasil  
editora@furg.br

### Integrante do PIDL



Alfredo de J. Flores  
Alejandro Montiel Alvarez  
Anderson Vichinkeski Teixeira  
Wagner Feloniuk  
Organizadores

**Perspectivas do discurso jurídico:**  
contribuições da História e Filosofia  
ao Direito Contemporâneo

COLEÇÃO DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL  
volume 12



Rio Grande  
2020

© Alfredo de J. Flores; Alejandro Montiel Alvarez; Anderson Vichinkeski Teixeira; Wagner Feloniuk

2020

Diagramação da capa: Anael Macedo

Formatação e diagramação:

João Balansin

Gilmar Torchelsen

Cinthia Pereira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Marcia Carvalho  
Rodrigues, CRB 10/1411

P467 Perspectivas do discurso jurídico [recurso eletrônico] :  
contribuições da história e filosofia ao direito  
contemporâneo / Alfredo de J. Flores ...[et al.]  
Organizadores. – Dados eletrônicos. – Rio Grande: Ed. da  
FURG, 2020. - (Coleção direito e justiça social ; v. 12)

Modo de acesso: <<http://repositorio.furg.br>>  
ISBN: 978-65-5754-010-7 (eletrônico)

1. Direito - Filosofia. 2. Direito - História. I. Flores,  
Alfredo de Jesus Dal Molin. II. Série.

CDU, 2. ed.: 340.12

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito – Filosofia	340.12
2. Direito – História	340(091)

A revisão e todas as opiniões e informações expressas em cada um dos artigos são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores.

## SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> .....	7
Uma topologia da teoria do conhecimento de John Stuart Mill .....	11
<i>Bruno Cardoni Ruffier</i>	
A retórica da metáfora dos modelos na Teoria do Direito .....	94
<i>Pedro Parini</i>	
Destacamento e salto de fé para ouriços: interpretação, moral e pontos de vista em Dworkin e Gardner .....	129
<i>Ramiro de Ávila Peres</i>	
Verdade e Interpretação do Direito: uma crítica à teoria de Dworkin .....	156
<i>Guilherme Boff</i>	
Leituras de Giuseppe Capograssi na Espanha: a filosofia jurídica de Jesús Ballesteros .....	174
<i>Alfredo de Jesus dal Molin Flores</i>	
Análise conceitual da noção de liberdade: uma contraposição entre os modelos liberal e republicano .....	190
<i>Marcos Roberto de Lima Aguirre e Gabriel Buttenbender Galetto</i>	
Equidade e Misericórdia ou Por que a lei não é uma arma contra os inimigos .....	212
<i>Alejandro Montiel Alvarez</i>	
Tecnicamente, a primeira Constituição do Brasil .....	224
<i>Wagner Feloniuk</i>	

Os Juizes de Órfãos: a importância do cargo para a carreira  
profissional (Porto Alegre, Séc. XIX) ..... 261  
*José Carlos da Silva Cardozo e Paulo Roberto Staudt  
Moreira*

Projetos constitucionais esquecidos: as propostas intelectuais  
de reconstitucionalização do Brasil no Governo Provisório  
(1930-1934) ..... 305  
*Luis Rosenfield*

## APRESENTAÇÃO

O Congresso Direito e Cultura tem ocorrido periodicamente no final dos últimos seis anos, desde 2014, reunindo em sua organização instituições gaúchas como UFRGS, PUC/RS, Unisinos e, agora, contando com o apoio da FURG. Este é o e-book que reúne obras de Filosofia e História do Direito. O evento busca ser um espaço aberto para a discussão de temas filosóficos dentro de uma determinada abordagem escolhida anualmente, renovando a discussão a cada ano com um enfoque completamente novo, enfrentando algum desafio específico apresentado para a sociedade e juristas, trazendo autores que aceitam debater esse assunto proposto.

Como cada ano tem um evento temático, os artigos costumam ter relações com os temas, mas diversas são as obras que permanecem próximas do que gerou o evento em primeiro lugar: temas de filosofia, e até certo ponto, história, que ajudam a entender a sociedade em suas complexidades. Assim foi gerado esse e-book, com as obras mais próximas do ponto de origem - ele busca reunir trabalhos de palestrantes, organizadores e convidados que apresentaram palestras que ainda podem ser reunidas sob o liame comum da filosofia e história. Assim, ele é um e-book com um caráter temático acentuado nessas duas áreas, permitindo que pesquisadores encontrem material de pesquisa e possam usar as contribuições construídas aqui em suas próprias construções e estudos.

Esta reunião busca trazer temas conhecidos, mas suas abordagens são recentes, frutos dos debates ocorridos há pouco tempo. Dessa forma, continua presente o objetivo dos organizadores, trazer visões novas, pesquisas recém-finalizadas, discussões que se liguem ao momento vivido. Essas contribuições estão, então, dentro objetivo, falam em filosofia, história, objetivando contribuir com a realidade social e política em que nos encontramos.

Nesse sentido, são trazidas as seguintes obras:

a) "Uma topologia da teoria do conhecimento de John Stuart



Mill", um trabalho de Bruno Cardoni Ruffier, uma longa pesquisa sobre o pensamento de John Stuart Mill, autor tão importante para o pensamento liberal brasileiro e particularmente relevante para o pensamento institucional brasileiro durante o período de formação da Constituição republicana de 1891. O trabalho é revestido de profundo esforço, com uma longa construção de conceitos do autor ao longo das diversas obras;

b) "A retórica da metáfora dos modelos na Teoria do Direito" do professor Pedro Parini da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, um expoente de uma linha filosófica que a retórica no Direito. O autor participou dos eventos e enviou a obra, reforçando os laços com o Rio Grande do Sul e as pesquisas sendo realizadas aqui;

c) "Destacamento e salto de fé para ouros: interpretação, moral e pontos de vista em Dworkin e Gardner", de Ramiro de Ávila Peres, doutor em Filosofia pela UFRGS, é um texto sobre a crítica de Gardner à Dworking, em uma importante discussão sobre a possibilidade de apresentar conceitos e argumentos jurídicos sem endossá-los, tratando da tese da inescapabilidade da moral, apresentando diversos autores que criticam este ponto de vista e oferecendo a visão do autor sobre o tema;

d) "Verdade e Interpretação do Direito: uma crítica à teoria de Dworkin", do professor de Filosofia do Direito da UFRGS, Guilherme Boff, tece uma crítica a um dos mais respeitados autores da filosofia jurídica, Ronald Dworkin, por construir toda a sua filosofia na volta de uma posição política liberal, e as limitações que tentar apresentar o Direito nesses limites prévios pode trazer – são tratados temas como a coerência, a necessidade de se aceitar o liberalismo como uma premissa verdadeira para fazer uso da filosofia jurídica e as limitações ligadas a grupos que eventualmente não partam dessa visão;

e) "Leituras de Giuseppe Capograssi na Espanha: a filosofia jurídica de Jesús Ballesteros" apresentado pelo professor de História do Direito e Método da UFRGS, Alfredo de Jesus dal Molin Flores, é

sobre o professor espanhol Jesús Ballesteros e o uso do pensamento do professor valenciano Giuseppe Capograssi em sua obra;

f) "Análise conceitual da noção de liberdade: uma contraposição entre os modelos liberal e republicano", obra do professor doutor Marcos Roberto de Lima Aguirre e do graduando Gabriel Buitendiek Galetto, apresenta um trabalho dentro dos marcos da filosofia e da ciência política, trazendo pesquisas que ajudam a aprofundar conceitos como o liberalismo e o republicanismo no pensamento constitucional recente, diferenciando-os e procurando dar mais densidade aos conceitos a partir estudos muito modernos, com uso do pensador Philip Pettit e diversos outros teorizadores clássicos e modernos dos conceitos políticos;

g) "Equidade e Misericórdia ou Por que a lei não é uma arma contra os inimigos" é a contribuição do professor de Filosofia do Direito da UFRGS, Alejandro Montiel Alvarez, que faz análise da obra de diversos autores clássicos da filosofia para tecer considerações sobre a ideia de justiça e como deve ser a aplicação do Direito para manter a comunidade unida de forma estável a partir, em especial, do pensamento de Aristóteles;

h) "Tecnicamente, a primeira Constituição do Brasil", do professor de Direito Constitucional da FURG, Wagner Feloniuk, narra o papel exercido pelas Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa, que em março de 1891 adentrou o ordenamento jurídico do Reino do Brasil e vigeu, brevemente, como Constituição;

i) "Os Juízes de Órfãos: a importância do cargo para a carreira profissional (Porto Alegre, Séc. XIX)" é o trabalho dos dois experientes historiadores José Carlos da Silva Cardozo e Paulo Roberto Staudt Moreira, em obra de história que ajuda a compreender a sociedade e a aplicação do Direito no Rio Grande do Sul no século XIX – o tema do papel dos Juízes de Órfãos é abordado com profundidade na pesquisa;

j) "Projetos constitucionais esquecidos: as propostas intelectuais de reconstitucionalização do Brasil no Governo Provisório (1930-1934)" do professor doutor Luis Rosenfield, é o

último trabalho, o mais recente, que trata do pensamento constitucional no Brasil a partir de uma visão histórica, o trabalho é de um pesquisador destacado por sua profundidade e sagacidade na busca de obras e construção de conhecimento na área da história e filosofia.

Esperamos que o conjunto trazido neste e-book contribua com pesquisas, discussão acadêmica e seja uma leitura proveitosa aos leitores que o encontrarem. A discussão científica entre pares é um dos meios mais relevantes para o avanço no pensamento, a detecção de novas dificuldades e também os meios para tentar solucioná-las. Trabalhos nas áreas desse e-book têm o condão de expor a história e o pensamento da sociedade, protegendo-os e também permitindo que sua compreensão avance – boa leitura.

Wagner Feloniuk

## UMA TOPOLOGIA DA TEORIA DO CONHECIMENTO DE JOHN STUART MILL

*Bruno Cardoni Ruffier\**

### INTRODUÇÃO

Este capítulo é parte de um projeto maior sobre o fundamento e o conteúdo epistemológico daquilo que John Stuart Mill entende por Liberdade. Aqui, busquei mapear todos os momentos em que o autor trata dos métodos de investigação e das possibilidades de aquisição do conhecimento humano, assim como de alguns assuntos diretamente relacionados com estes. Procurei indicar a localização exata de cada tópico nas obras completas de Mill e também contextualizar e explicar cada um, ainda que brevemente, de modo a oferecer um panorama da sua teoria do conhecimento. Para isto, juntei às passagens do texto original considerações de alguns comentaristas já publicados na literatura especializada mas nunca reunidos em único texto panorâmico. Um reconhecimento especial cumpre ser dado ao Prof. Christopher Macleod pelo seu detalhado verbete sobre John Stuart Mill na *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, que serviu como matriz e referência inicial para o desenvolvimento deste trabalho. Acredito que um estudo como este pode ser útil para qualquer pesquisador ou pesquisadora com interesse no pensamento de Mill, pois considerando a atenção desproporcional que é dada à sua filosofia moral e política, é importante que as conclusões defendidas nestes âmbitos não prescindam de uma integração coerente com a sua teoria do conhecimento e, conseqüentemente, do seu sistema filosófico maior. Mill, ao modo dos grandes filósofos do século XVII e XVIII, pretendeu oferecer uma arquitetônica ordenada entre todos os ramos

---

\* Mestrando em Filosofia Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

do conhecimento nos quais avançou, e o seu projeto de vida, em certo sentido, parece ter sido o de buscar a crescente integração lógica destes ramos. Tal integração – e eis a hipótese que virei a desenvolver no meu projeto maior – seria uma atividade sem fim na medida da própria liberdade humana. Seríamos livres apenas enquanto podemos criar, perceber, distinguir e nomear novas nuances, combinações e aspectos da realidade e da cultura. Este empreendimento seria coletivo e comum à humanidade: dependemos dos avanços daqueles que vieram antes e das suas contribuições ao “repertório humano”. A educação neste empreendimento comum, o cultivo das faculdades humanas, é aquilo que nos proporciona perceber ou criar ainda mais novos objetos para a percepção, aos quais vamos distinguir, nomear e integrar aos os cânones da própria educação para que outros possam dar continuidade a este trabalho de ampliação do repertório humano. Minha hipótese é que para um empirista como John Stuart Mill, que não aceita nenhum conhecimento a priori, isto seria a liberdade. Ser livre seria se educar e avançar o empreendimento da educação, dando forma e conteúdo a um mundo que se transforma junto com a percepção que dele fazemos em nossas mentes. Eduquemo-nos então, na teoria do conhecimento de Stuart Mill.

## **1 O NATURALISMO E PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE**

Uma perspectiva “naturalista” afirma que toda a realidade está contida na natureza e que não há nada nela ao qual se possa chamar “sobrenatural”, “transcendente” ou que se localize “fora do mundo”. Assim, o método das ciências naturais é o método hábil para investigar tudo o que há, até mesmo as questões do “espírito” humano (PAPINEAU, 2016). A teoria do conhecimento dos utilitaristas clássicos, compartilhada entre Jeremy Bentham, James Mill, e herdada por seu filho John Stuart, funda-se sobre essa perspectiva (SKORUPSKI, 1993).

O ponto de partida naturalista sobre o qual James e John Stuart Mill iniciam suas investigações é o axioma de que tudo no mundo opera conforme um “Princípio de Uniformidade”: que o universo é governado por leis e que cada efeito que ocorre na natureza se dá a partir de uma causa que o provocou – e sempre que

uma mesma causa vier a operar sobre um mesmo conjunto de circunstâncias, um mesmo efeito será produzido, uniformemente. O “universo, até onde sabemos, é constituído de tal maneira, que o que quer que seja verdade em um caso, será verdadeiro em todos os casos de certa descrição” (*System of Logic*, VII, p. 306). Assim, todo raciocínio que pretenda prever algo a partir das suas circunstâncias precisa confiar no princípio da uniformidade. É este princípio que estabelece que “é uma lei que todo acontecimento depende de alguma lei” (REALE; ANTISERI; STORNIOLO, 2005, p. 309). E se os seres humanos também estão completamente sujeitos às leis da natureza (MACLEOD, 2018), isto significa que é impossível para qualquer um apontar, justificadamente, qualquer causa a partir de um causador não causado. Igualmente, não podem ser verdadeiras quaisquer conclusões que localizem as causas de qualquer fenômeno fora do mundo natural, seja em algum além-mundo ou em um tipo de ideal transcendente. Mesmo a mente humana, nas suas complexidades infundáveis, poderia ser explicada a partir de causas naturais. Neste sentido, Stuart Mill afirma que “se conhecêssemos uma pessoa muito bem, a ponto de conhecer todos os moventes que nela agem, poderíamos predizer seus comportamentos com a mesma certeza com que prevemos qualquer comportamento da física” (*System of Logic*, VIII, p. 837).

## **1.1 O associacionismo e a impossibilidade do conhecimento *a priori***

A concepção naturalista que Stuart Mill faz da mente humana fundamenta-se na psicologia associacionista desenvolvida por James Mill no livro *The Analysis of the Phenomena of the Human Mind*. Conforme explica o jovem Mill, a psicologia associacionista “resolve todos os fenômenos da mente em ideias de sensação ligadas pela lei da associação” (*Blakey’s History of Moral Science*, X, p. 23). O associacionismo busca derivar até mesmo as ideias mais abstratas a partir da experiência dos sentidos. Mesmo as concepções de “Lugar, Extensão, Substância, Causa, e o resto, são concepções montadas a partir de ideias de sensação pelas leis

---

<sup>1</sup> Todas as traduções são minhas.

conhecidas de associação” (*An Examination of William Hamilton’s Philosophy*, IX, p. 9). E por serem sempre experimentadas e pensadas em concomitância, as sensações e ideias se associam, conectando-se de modo inseparável nas nossas mentes. É deste modo que ideias complexas seriam formadas (*Systems of Logic*, VIII, p. 852). A partir do processo de associação, os seres humanos formam suas convicções sobre o mundo e deste modo fundam-se até as convicções mais básicas e intuitivas que se pode ter. Por exemplo, a convicção comum a todos de que o espaço é infinito, ou que não há tal coisa como algo fora do espaço:

Nós nunca percebemos nenhum objeto, ou qualquer porção do espaço, que não tivesse outro espaço além dele. E temos percebido objetos e porções do espaço desde o momento do nascimento. Como então a ideia de um objeto, ou de uma parte do espaço, poderia escapar de se tornar inseparavelmente associada à ideia de espaço adicional além? Cada instante de nossas vidas ajuda a coadunar essa associação, e nunca tivemos uma única experiência que tendesse a desmembrá-la (*An Examination of William Hamilton’s Philosophy*, IX, p. 82).

A afirmação de que o estudo de nossas mentes também pertence ao domínio das ciências naturais pode ser contrastado com a posição daqueles filósofos que John Stuart chama de “intuicionistas” (MASSELLA, 1999, p. 9) – que situam a mente em um “lugar exaltado na ordem das coisas”. Para tais especuladores, haveria uma harmonia básica entre a arquitetura da mente e a do mundo (MACLEOD, 2018). Filósofos Teístas, por exemplo, sustentam que a mente nos foi dada por um Deus onipotente e benevolente com o propósito da compreensão. Filósofos Idealistas, de forma semelhante, afirmam que a mente tem um papel formativo na construção do mundo. Mill rejeita estas posições pelo mesmo motivo: para ele, mente e mundo seriam questões logicamente independentes e não haveria inferência necessária entre uma e outra. (MACLEOD, 2018):

Tal inferência poderia apenas ser justificável, se pudéssemos saber *a priori* que devemos ter sido criados capazes de conceber o que é capaz de existir: que o universo do pensamento e o da realidade, o microcosmo e o macrocosmo (como eram outrora chamados)

devem ter sido enquadrados em correspondência completa entre si [...], mas uma suposição mais destituída de evidências dificilmente poderia ser feita. (*An Examination of William Hamilton's Philosophy*, IX. p. 68).

Ao afirmar que “não há verdades conhecíveis pela luz interior da mente, e fundadas em evidência intuitiva” (*Coleridge*, X: p. 125) Mill afirma que nenhum conhecimento genuíno, teórico ou ético, pode ser obtido *a priori*:

Existem inumeráveis casos de Crenças às quais nenhuma causa pode ser assinalada, exceto que algo criou uma associação tão forte entre duas ideias que a pessoa não consegue a separar em pensamento. [...] Este é um dos componentes e a mais fértil fonte de pensamentos errôneos (*Notes on James Mill's Analysis Of The Phenomena Of The Human Mind*, XXXI, p. 161).

A preocupação de Mill em desacreditar as teorias do conhecimento apriorístico não era apenas teórica (MASSELLA, 1999, p. 11): Na sua autobiografia ele afirma que a noção de que as verdades externas à mente humana podem ser conhecidas por intuição ou introspecção, independente da observação ou experiência, serviria naquele tempo como o apoio intelectual sobre qual os *tories* – conservadores e adversários políticos dos radicais utilitaristas – defendem suas “falsas doutrinas e instituições perniciosas”. “Com a ajuda desta filosofia (...) toda crença inveterada e cada sentimento forte, do qual sua origem artificial não é lembrada, fica dispensado da obrigação de se justificar pelas evidências ou pela razão, e fica erigida em sua própria justificação suficiente”. A principal força desta “falsa filosofia, na moral, política, e religião, reside no apelo ao qual está acostumada a fazer quanto a existência da matemática e dos braços cognatos das ciências físicas. Expulsar ela destes, é retirá-la da sua fortaleza”. (*Autobiography*, I, p. 233). Assim, o abrangente método científico desenvolvido por John Stuart Mill no seu *System of Logic* seria uma tentativa de defender o empirismo epistemológico até mesmo na matemática, argumentavelmente seu ponto mais vulnerável.



## 2 FILOSOFIA DA LINGUAGEM E O VAZIO DO RACIOCÍNIO PURAMENTE DEDUTIVO

O objeto da lógica, tal como definido no capítulo de introdução do livro I do seu *Sistema da Lógica*, seria asseverar como chegamos àquela porção do nosso conhecimento que não é intuitiva, e por quais critérios podemos, nos assuntos que não são auto evidentes, distinguir entre coisas provadas e não provadas, e entre o que é digno ou não de crença. A lógica diz respeito às crenças não intuitivas, que só podem ser resolvidas a partir de evidências. Mas é preciso investigar quais questões são concebíveis ou quais pode-se esperar obter uma resposta. Conforme Mill, este ponto seria melhor trabalhado analisando “proposições” (*System of Logic*, VII, p. 20):

O quê, por uma aplicação equivocada de termo abstrato, podemos chamar Verdade, significa simplesmente uma Proposição Verdadeira; (...) na proposição Ouro é Amarelo, a qualidade amarelo é afirmada da substância ouro. Na proposição Franklin não nasceu na Inglaterra, o fato expresso pelas palavras nascido na Inglaterra é negado do homem Franklin. (...) Eu posso dizer, por exemplo, “o sol?”. A palavra possui um significado, e sugere esse significado à mente de qualquer um que me ouça. Mas suponha-se que eu lhe pergunte se é verdade: se ele acredita nisso? Ele não pode responder. (...) mas se eu digo “o sol existe”, “meu pai existe” ou “um quadrado redondo existe” eu requeiro uma crença; e devo, na primeira das três instâncias, respondê-la; na segunda, com crença ou descrença, conforme o caso; na terceira, com descrença, (...) toda proposição consiste de dois nomes e cada proposição afirma ou nega um desses nomes do outro. (*System of Logic*, VII, p. 20-3)

O *System of Logic* inicia tratando da relação entre conhecimento e linguagem. Ainda que Mill admita que algum conhecimento humano seja possível sem a linguagem, em casos mais complicados, o conhecimento “não pode tomar lugar por nenhum outro caminho” (*System of Logic*, VII, p.19). Desta forma, um estudo dos métodos pelos quais podemos conhecer o mundo demanda clareza quanto ao uso deste “instrumento fundamental do pensamento” (*System of Logic*, VIII, p. 663).

## 2.1 Denotação e conotação

A relação entre a linguagem e o mundo depende, antes de tudo, daquilo que se pode denotar e conotar de uma palavra. Palavras denotam os objetos dos quais elas são verdadeiras, e conotam os atributos específicos destes objetos. A palavra “homem”, por exemplo, denota – ou é verdadeira de – todos os homens: “Pedro, Paulo, João, e um número indefinido de outros indivíduos” (*System of Logic*, VII, p. 31). Mas ela conota os atributos em virtude dos quais a palavra “homem” se aplica a estes indivíduos: “corporeidade, vida animal, racionalidade, e certa forma externa, que por distinção chamamos de humana” (*System of Logic*, VII, p. 31). A conotação determina a denotação no seguinte sentido: conhecer a conotação de uma palavra é conhecer as condições necessárias e suficientes para determinar se um dado objeto é denotado ou não por esta palavra (MACLEOD, 2018). Nem todas as palavras possuem conotação. Mill aponta que palavras podem ser singulares ou gerais. “Cícero”, por exemplo, é um nome singular que se aplica a um único objeto: a saber, Cícero. “Romano”, por contraste, é um nome geral que se aplica a muitos objetos, incluído Cícero, mas também a Augusto, Nero e muitos outros. Enquanto “todos os nomes gerais concretos são conotativos” (*System of Logic*, VII, p. 32), o mesmo não pode ser dito de nomes singulares. Alguns nomes singulares são conotativos. Por exemplo, “o autor de *De Re Publica*” é uma descrição definida, que pinça um indivíduo por meio do apontamento dos seus atributos. Mas nem todos são. O nome “Cícero” não conota nenhum atributo, mas é um nome próprio e serve simplesmente como uma etiqueta para aquele indivíduo.

A proposição “S é P” pode ser entendida, no caso de P ser um termo conotativo, como a afirmação de que o objeto denotado por S tem o atributo conotado por P. “A cúpula do *Chimborazo* é branca” afirma que o objeto denotado pelo nome “cúpula do *Chimborazo*” tem o atributo conotado pelo nome “branco” (*System of Logic*, VII, p. 97). A proposição “S é P”, onde P é um termo não conotativo, pode ser compreendida no sentido de que o objeto denotado por S é o mesmo objeto denotado por P. “Marco Túlio é Cícero”, por exemplo, afirma meramente o fato de que estes nomes “Marco Túlio” e “Cícero” referem ao mesmo objeto (MACLEOD, 2018).

## 2.2 Proposições reais e proposições verbais

A distinção que Mill faz entre proposições reais e verbais depende da sua teoria de denotação e conotação. Termos singulares e gerais, ou como ele chama “nomes”, denotam coisas e conotam atributos de coisas. “Proposições”, no uso que Mill faz, são sentenças que possuem um significado (um ‘importe’ [*an import*]). Sua preocupação é explicar como as conotações e denotações dos nomes contribuem para o importe, ou o sentido das proposições (SKORUPSKI, 1998b, p. 35). Proposições verbais:

[...] não se relacionam com qualquer questão de fato, no sentido próprio do termo, mas com o significado dos nomes. Como os nomes e suas significações são completamente arbitrários, tais proposições não estão, estritamente falando, suscetíveis a juízos de verdade ou falsidade, mas apenas aos de conformidade e desconformidade com os usos e convenções; e toda a prova da qual são capazes, é prova sobre o seu uso; prova de que as palavras foram empregadas por outros em aceitação com o desejo que o falante ou o escritor tem para elas” (*System of Logic*, VII, p. 109).

Não aprendemos nada de novo sobre o mundo quando aprendemos que a proposição “Marco Túlio é Cícero” é verdade. Esta proposição não transmite nenhum fato sobre como as coisas são, mas apenas sobre nossas convenções linguísticas de nomeação e sobre a língua na qual própria asserção repousa (SKORUPSKI, 1998b, p. 36). A proposição é, nos termos de Mill, meramente verbal. Tais proposições são importantes para entender a natureza não informativa do raciocínio *a priori*. Proposições ditas “reais”, por outro lado:

[...] predicam de uma coisa algum fato não envolvido no significado do nome pelo qual a proposição o chama; algum atributo não conotado pelo nome [...] Quando me dizem que todos, ou mesmo alguns objetos, possuem certas qualidades, ou posicionam-se em certas outras relações, eu aprendo um novo fato desta proposição, um fato não incluído no meu conhecimento do significado das palavras, nem mesmo da existência de coisas respondendo ao significado destas palavras. É esta classe de proposições a única que

é por si só instrutiva, ou pela qual qualquer instrução pode ser inferida (*System of Logic*, VII, p. 115-16).

Mill não reivindica que proposições *a priori* tais como “cada homem é um ser vivo” são meras asserções sobre nossas convenções de nomeação, exatamente como “Marco Túlio é Cícero”. Mas ele argumenta que ambas as proposições não transmitem nenhuma informação genuína sobre o mundo, pois a conotação de “homem” (os atributos que a palavra sinaliza) já inclui a conotação de “ser vivo”. Para alguém que já sabe o significado do termo “homem”, nada é dito sobre como o mundo é, quando lhe dizem que “todo homem é um ser vivo” (MACLEOD, 2018).

### **2.3 A esterilidade do silogismo**

O raciocínio puramente dedutivo ou *a priori*, Mill acredita, é similarmente vazio. Ele vê o raciocínio dedutivo primariamente em termos de silogismo, e o raciocínio silogístico não pode trazer à tona nenhuma verdade nova sobre como o mundo é: “nada nunca foi, ou pode ser, provado pelo silogismo, que não fosse sabido ou assumido como sabido, antes” (*System of Logic*, VII, p. 183). Observemos o seguinte silogismo: “Todos os homens são mortais; o duque de Wellington é homem”. Conclui-se então que “o duque de Wellington é mortal” a partir da proposição de que “todos os homens são mortais”. Em inferências silogísticas padrão, para que argumentos sejam válidos, a conclusão já deve ter sido afirmada nas premissas. Por exemplo, no argumento acima, a conclusão já deve estar afirmada na premissa – a proposição de que todos os homens são mortais deve incluir a proposição que o duque de Wellington é mortal para que o argumento seja válido. Nenhum novo conhecimento, portanto, é adquirido ao se raciocinar da premissa para a conclusão (REALE; ANTISERI; STORNIOLO, 2005, p. 308).

Mill diz que uma inferência é aparente, e não real, quando “a proposição inferida ostensivamente de outra, aparece, sob análise, como sendo meramente a repetição da mesma, ou parte da mesma asserção, que estava contida na primeira.” (*System of Logic*, VII, p. 158):

Em tais casos não há realmente nenhuma inferência; não há na conclusão nenhuma verdade nova, nada além do que já tinha sido asseverado nas premissas, que é óbvio para quem quer que as aprenda. O fato asseverado na conclusão é ou o exato mesmo fato, ou parte do fato, asseverado na proposição original (*System of Logic*, VII, p. 160).

O silogismo, então, é estéril, pois não aumenta nosso conhecimento: o fato do duque de Wellington ser mortal é uma verdade que já está incluída na premissa segundo a qual todos os homens são mortais (REALE; ANTISERI; STORNILO, 2005, p. 308). A sugestão que o raciocínio dedutivo não pode levar a nenhum novo conhecimento suscita duas perguntas. (1) Se não serve ao progresso do conhecimento, qual é a função do raciocínio silogístico? E; (2) O que devemos dizer de raciocínios aparentemente dedutivos que manifestamente nos levam a novo conhecimento? (MACLEOD, 2018) À primeira pergunta, Mill responde que o raciocínio silogístico nos permite “testar” nosso comprometimento com proposições gerais (*System of Logic*, VII, p. 196). Com silogismos como o apresentado acima, não podemos adquirir nenhum novo conhecimento, mas as implicações de sustentar uma premissa geral ficam mais claramente demonstradas pelo raciocínio silogístico, e isto, em certas instâncias, pode causar uma reavaliação do nosso compromisso com aquela premissa (MACLEOD, 2018). À segunda questão, Mill afirma que onde nós ganhamos genuinamente novo conhecimento – nos casos da matemática e da geometria, por exemplo – nós devemos, em algum nível, estar raciocinando indutivamente. Mill procura explicar que porque os raciocínios matemáticos e geométricos efetivamente informam-nos, não podem ser completamente *a priori*. (MACLEOD, 2018). No caso do silogismo apresentado acima, no qual a conclusão de que “o duque de Wellington é mortal” é derivada da premissa de que “todos os homens são mortais”, sabemos que todos os homens são mortais porque vimos a morte de Pedro, Paulo, João e tantos outros, e porque nos contaram terem visto morrer outras pessoas. Assim, é da experiência que se pode extrair a verdade da proposição “todos os homens são mortais”, e a experiência nos faz observar apenas casos individuais. Por isso, a tese fundamental de Mill é a de que toda

inferência é de particular para particular, ao passo que a única justificação do “isso será” é o “isso foi” (REALE; ANTISERI; STORNILO, 2005, p. 308).

### 3 TODO CONHECIMENTO É INDUTIVO

Mill afirma que conhecimento pode ser obtido apenas pela observação empírica e pelo tipo de raciocínio que tem lugar sobre tais observações. Este princípio está situado no centro do seu empirismo radical. As percepções dos sentidos são “os dados originais, ou premissas definitivas do nosso conhecimento” (*System of Logic*, VII, p. 7), e o conhecimento dos maiores níveis de complexidade é alcançado apenas por inferências a partir destes dados originais. Como veremos, para Mill a “Inferência, conseqüentemente toda Prova, e toda a descoberta de verdades não autoevidentes, consiste de induções, e interpretações de induções” (*System of Logic*, VII, p. 283) (MACLEOD, 2018):

Indução propriamente chamada (...) pode (...) ser resumidamente definida como Generalização da experiência. Ela consiste em inferir a partir de alguma instância individual no qual se observa que um fenômeno ocorre, que ele em todas as instâncias de certa classe; a saber, em todas que *lembram* a anterior, naquilo que se consideram as circunstâncias materiais (*System of Logic*, VII, p. 306).

Ele pretende desmistificar o papel das proposições universais no raciocínio. Se todas as inferências se dão do particular para o particular, o valor das generalizações é apenas psicológico. Generalizações ou proposições universais atuam como registros sumários de todas as induções que observamos, e facilitam os “trens de raciocínio” (*trains of reasoning*). Assim, generalizações não passam de “coleções de particulares” (SCARRE, 1998, p. 113). Psicologicamente elas são grande acréscimo para nossa memória e poder de raciocínio, mas o seu valor termina aí. Assim, uma proposição universal é na verdade a expressão de uma regra de inferência, e não está no silogismo como uma premissa (SKORUPSKI, 1998b, p. 42). O procedimento pelo qual induções mais fracas são conectadas a induções mais fortes chama-se “Lógica

da Prova”. Sua estratégia consiste em tentar mostrar, com respeito a qualquer inferência indutiva, que ou esta é verdadeira ou uma indução mais forte deve admitir exceção. Caso isso possa ser feito, aquela indução mais fraca adquire toda a força contida na mais forte. (MASSELLA, 1999, p. 16). Mill nota que, observando-se que  $X_1, X_2, X_3... X_n$ , são P, os seres humanos estão dispostos a formar a crença de que similarmente  $X_{n+1}$  é P. Sobre a observação de que dez cisnes são brancos, por exemplo, tendemos a acreditar que um décimo primeiro cisne também o será (MACLEOD, 2018). Ele via o papel da lógica indutiva como a identificação das regras para a produção de generalizações causais sólidas, e o conhecimento científico como o conjunto de tais generalizações, hierarquicamente arranjados (SCARRE, 1998, p. 114).

Uma teoria científica da indução deve procurar conferir precisão a este procedimento. O primeiro passo dessa estratégia é investigar se há uma indução mais forte à qual podemos submeter outras induções. Mill acredita que a lei da causalidade, entendida apenas como invariabilidade de sucessão entre fenômenos, cumpre este papel. As regularidades de sucessão estarão assim provadas se pudermos afirmar que ou elas são verdadeiras ou a lei de causalidade é falsa; ou ainda, se pudermos afirmar, para uma relação regular de sucessão entre um fenômeno A e um fenômeno B, que ou o fenômeno A é causa de B ou B não tem causa. A segunda opção nos obrigaria a abrir mão de outra indução ainda mais forte: a própria lei da causalidade (MASSELLA, 1999, p. 16). Ao ampliarmos a extensão de uma inferência, estamos aumentando o número das possíveis circunstâncias falseadoras e, portanto, submetendo-a a um teste mais rigoroso. A questão da causalidade emerge justamente de analisar em que condições uma coleção de casos particulares observados nos autoriza a inferir o mesmo para novos casos. A noção de indução implicaria, segundo Mill, uma suposição sobre o “curso da natureza”. Entretanto esta proposição a respeito da uniformidade da natureza não possui a precisão exigida pela linguagem filosófica, pois, a rigor, o curso da natureza não seria apenas uniforme, mas também “infinitamente variado”. Além dos fenômenos que sempre ocorrem sob as mesmas circunstâncias, há na natureza fenômenos cujas regularidades são inesperadamente contrariadas e fenômenos que parecem “caprichosos” (MASSELLA, 1999, p. 14).

Não nos sentimos autorizados a esperar constância em relação a todos e quaisquer fenômenos: ninguém esperaria, por exemplo, “ter os mesmos sonhos repetidos todas as noites” (*System of Logic*, VII, p. 311). Não estamos, portanto autorizados a inferir uma conclusão geral sempre que a experiência nos fornece alguma uniformidade, apesar de termos esta propensão. Da mesma forma, não depositamos a mesma confiança em todas as generalizações obtidas a partir da indução por enumeração simples: não recusaríamos o testemunho de que há cisnes negros, mas não acreditaríamos em alguém que afirmasse a existência de homens com a cabeça embaixo dos ombros, pois há “menos constância na cor dos animais do que na estrutura geral da sua anatomia” (*System of Logic*, VII, p. 319).

Questão da lógica indutiva, tal como Mill a entende, parte justamente do reconhecimento dos vários graus de uniformidade que a natureza pode apresentar (MASSELLA, 1999, p. 14-5): “por que uma única instância, em alguns casos, é suficiente para uma indução completa, enquanto em outros, miríades de instâncias concorrentes, sem uma única exceção conhecida ou presumida, caminham tão pouco para o estabelecimento de uma proposição universal?” (*System of Logic*, VII, p. 314). Mill não via nada questionável na noção de que o passado oferece um guia bastante confiável para o futuro. As previsões passadas feitas sobre um futuro que se tornou presente podem ser verificadas pela experiência. O tratamento que dá a essa questão mostra claramente sua insensibilidade quanto ao problema de Hume (SCARRE, 1998, p. 120):

Temos [...] a garantia de uma indução rígida para considerar provável, em um grau indistinguível da certeza, que as condições existentes para o nascer do sol existirão amanhã. (*System of Logic*: VII, p. 551)

A refutação ao problema de Hume não foi um objetivo para Mill, ainda que ele considere a si mesmo no livro III do *System of Logic* como oferecendo uma justificação para a inferência indutiva. Scarre aponta que Mill parece não ter compreendido, exatamente qual foi o problema proposto por Hume (SCARRE, 1998, p. 115). A questão de Hume quanto à indução é a seguinte: quando fazemos



projeções indutivas a partir de uma amostra, o que garante que os particulares posteriores se parecerão com aqueles já examinados? Em outras palavras, o que garante que as uniformidades percebidas serão sustentadas? Na visão de Hume, nada. Scarre aponta que não havia muito interesse pelo problema da indução de Hume antes das edições de Green e Grose dos seus trabalhos em 1874 – e nesta data Mill já estava morto (SCARRE, 1998, p. 117). A principal preocupação de Mill era explicar como a inferência de particulares para particulares (o padrão para o raciocínio válido) era a única forma de inferência que a ciência precisaria ou poderia admitir. Ele firmemente dispensa a ideia de que relações causais envolvem necessidade, e insiste que a experiência dá suporte apenas à análise de conjunções constantes da causalidade. Ainda, rejeita qualquer distinção metafísica entre verdades necessárias e contingentes. O tipo mais alto de necessidade seria a necessidade natural (SKORUPSKI, 1998b, p. 45) e a causa do fenômeno a soma total das condições contingentes. Apesar da sua reivindicação de que efeitos normalmente dependem não de um único fator, mas de um complexo de fatores agindo conjuntamente, os famosos métodos da sua investigação experimental buscam especificamente localizar, por meio de raciocínio eliminativo, uma condição saliente que precede ou acompanha o fenômeno “com o qual ele esteja realmente conectado por uma lei invariável” (*System of Logic*, VII, p. 388).

### **3.1 A autojustificação da indução pelo “primitivo-normativo”**

Qual a garantia para todas as nossas inferências a partir da experiência? Segundo Mill, essa garantia está no princípio da uniformidade. Trata-se do axioma geral de toda indução (REALE; ANTISERI; STORNILO, 2005, p. 309): “O universo, até onde sabemos, é constituído de tal maneira, que o que quer que seja verdade em um caso, será verdadeiro em todos os casos de uma certa descrição” (*System of Logic*, VII, p. 306). O princípio da uniformidade confunde-se, inclusive, com princípio da indução, pois ele próprio consiste em uma grande generalização baseada em generalizações precedentes. A uniformidade na natureza é algo que não sabemos nem poderíamos saber *a priori*, mas apenas ela própria como uma “instância da indução” (*System of Logic*, VII, p. 307).

Neste sentido, a indução suporta a si mesma. “Uma vez formulado, esse princípio foi proposto como fundamento das generalizações indutivas; estas, depois de descobertas, atestam o princípio da uniformidade” (REALE; ANTISERI; STORNILO, 2005, p. 309).

Mill tendia a falar quase intercaladamente entre o princípio da uniformidade e a lei da causalidade, pois ele considerava os padrões da uniformidade na natureza como dependentes da relação causal generalizada pela lei da causalidade. A associação entre um e outro seria natural para um empirista como Mill, que não acreditava na existência da necessidade causal (*System of Logic*, VII, p. 326-27). Para ele, a relação causal consiste em alguma variedade de conjunção constante do fenômeno, enquanto a uniformidade da natureza, como um todo, é simplesmente a soma destas uniformidades (SCARRE, 1998, p. 119). Esta justificação é circular, como Mill reconhece. Só se está justificado em acreditar que a indução é em geral uma boa forma de raciocinar na medida em que nossas induções passadas sejam elas mesmas consideradas boas inferências. A questão então é saber como estas induções podem ser formas justificadas de inferência:

Muitas das uniformidades que existem por entre os fenômenos são tão constantes, e tão abertas para a observação, de modo que forcem a si mesmas no sentido de um reconhecimento involuntário (*System of Logic*, VII, p. 318).

Nós somos naturalmente inclinados a raciocinar indutivamente, e sob uma inspeção crítica, atos de indução nos parecem “merecedores de confiança” (*System of Logic*, VII, p. 317). Nós adotamos a indução “espontaneamente” como um método de raciocínio – e sob uma consideração livre, parece razoável fazê-lo (*System of Logic*, VII, p. 317). Como Mill pontua, a convicção da existência da uniformidade geral é secundária à descoberta de uniformidades em contextos particulares. A tarefa é explicar como induções justificadas podem ser feitas sem uma consciência explícita do princípio que as justifica (SCARRE, 1998, p. 124). As mais óbvias leis da natureza foram entendidas e aceitas como verdades gerais antes mesmo do desenvolvimento da linguagem. Por exemplo, a descoberta de que o fogo queima, que a água molha etc., já sugeria

o princípio da uniformidade da natureza. (REALE; ANTISERI; STORNILO, 2005, p. 309)

Estamos naturalmente dispostos a acreditar em generalizações indutivas, e tais crenças, quando as observamos, nos "batem" como razoáveis e críveis. Não há nenhuma justificacão adicional das nossas propensões naturais de raciocínio para além do fato de que, sob inspeção crítica, parecem-nos corretas. Trata-se de uma abordagem antropológica para o normativo, tipicamente naturalista (MACLEOD, 2018). Mill acredita que se for possível mostrar que uma disposicão cognitiva age de maneira (que Skorupski denomina) "primitivamente normativa" no nosso pensamento, então estarã legitimada a sua normatividade (SKORUPSKI, 1998c, p. 8). Não podemos saber o que constitui bom raciocínio *a priori*, e assim "as leis das nossas faculdades racionais, como aquelas de todas as outras agências naturais, são apenas apreendidas observando-se o agente trabalhar" (*System of Logic*, VIII, p. 833):

O procedimento mais científico não pode ser mais do que uma forma melhorada daquilo que era primitivamente perseguido pelo entendimento humano ainda não dirigido pela ciência. (*System of Logic*: VII, p. 318-19)

A partir daqui, a validacão por repetiçã pode aumentar nossa confianã de que estamos autorizados a raciocinar indutivamente: mais induções apoiando-se sobre outras induções podem melhorar nossas habilidades de raciocínio estabelecendo com mais e mais precisã as circunstâncias nas quais movimentos indutivos são adequados. De fato, este processo de lapidacão do raciocínio indutivo pela "revisão ulterior de (...) generalizações espontâneas" (*System of Logic*, VII, p. 319) é central para o processo do pensamento científico (MACLEOD, 2018).

Mill tomou uma atitude hostil quanto ao ceticismo Humeano, adotando, quanto à normatividade, uma postura que remete à tradiçã do "senso comum" naturalista, influenciada por Thomas Reid (SKORUPSKI, 1998c, p. 7-8). As respostas são de conteúdo normativo na medida em que são respostas sobre o que, em um dado contexto, temos razões para acreditar. Que são primitivas, é aparentemente uma base suficiente para aceitã-las como sólidas. Ele

sustenta que a única forma de raciocínio primitivo é a indução enumerativa. É sobre esta base austera que Mill desenvolve sua ciência da lógica indutiva e sua explicação da lógica e da matemática como ciências indutivas. (SKORUPSKI, 1998c, p. 9). No *System of Logic*, a disposição tomada como primitivamente normativa é a disposição para generalizar pela experiência. Métodos de indução que não a enumerativa não são fontes independentes para novas verdades. A malha de conhecimento que emerge a partir do que ele chama “processo indutivo” estabelece a si própria na medida em que confirma, estende e refina, ao invés de minar as normas de indução enumerativa primitivamente justificadas (SKORUPSKI, 1998c, p. 9) Seu método psicológico reduz os “dados da consciência” ao número mínimo de elementos que podem, por princípios associacionistas, ser mostrados capazes de gerar o resto. Em termos amplos, pode-se dizer que para Mill uma disposição formadora de crença que possa ser “explicável” pela associação não é primitivamente normativa. (SKORUPSKI, 1998c, p. 9-10).

#### 4 A FILOSOFIA DA CIÊNCIA

Todo o conhecimento inferencial genuíno que temos do mundo, então, é justificado pelo uso da simples indução enumerativa. O raciocínio que se dá no nosso engajamento científico com o mundo, Mill afirma, é simplesmente a aplicação de uma versão particular e refinada dessa modalidade de indução (MACLEOD, 2018). O melhoramento do método indutivo se dá a partir do autoexame reflexivo da razão teórica, ou seja, de uma consideração indutiva sobre a própria indução:

A experiência dá o testemunho, que entre as uniformidades que ela exhibe ou parece exhibir, algumas são mais confiáveis que outras [...] Este modo de corrigir uma generalização por meio de outra, uma generalização mais estreita por uma mais ampla, que o senso comum adota na prática, é o tipo real de Indução científica (*System of Logic*, VII, p. 319).

A afirmação de que a indução é a única forma real de inferência, e que um único conjunto de regras indutivas serve-nos dentro e fora da ciência, tem como implicação a ideia de que não há

nada fundamentalmente distintivo na metodologia das ciências. Há uma continuidade entre os modos de investigação científica e a obtenção de conhecimentos da vida diária. A ciência se difere das preocupações do dia-a-dia não pelos seus métodos, mas pelo seu objeto: a ciência visa à descoberta e prova das leis da natureza (SCARRE, 1998, p. 113). A história da ciência, como Mill a vê, é a história do crescimento do nosso conhecimento por meio da razão indutiva, mas também o crescimento do nosso conhecimento sobre a própria razão indutiva. Na medida em que aprendemos mais sobre o mundo, a indução torna-se mais e mais estabelecida, e com isto, ela torna-se mais autocrítica e sistemática. “Podemos descobrir, pela mera observação sem experimento, uma uniformidade real na natureza” (*System of Logic*, VII, p. 386). Onde é possível, contudo, engajar-se em atividade experimental, esta é a forma mais direta de descobrir as relações causais entre os eventos, pois ela permite-nos “encontrar-se com alguns dos antecedentes separados do resto, e observar o quê segue deles; ou alguma das consequências, e observar o que lhes precede” (*System of Logic*, VII, p. 381). Mill afirma que, com o progresso da ciência, quatro métodos emergiram como bem-sucedidos em isolar as causas do fenômeno observado (*System of Logic*, VII, p. 388 - 406). Para distinguir as circunstâncias essenciais das não essenciais, ou seja, tendo em vista “escolher, entre as circunstâncias que precedem ou que se seguem a um fenômeno, aquelas às quais realmente está ligado por lei invariável”, Mill propõe o que chama de “os quatro métodos de indução” (REALE; ANTISERI; STORNILO, 2005, p. 308).

#### **4.1 Os métodos da indução**

Métodos da indução:

a) O Método do Acordo: onde instâncias do fenômeno A são sempre acompanhadas por *a*, mesmo quando outras circunstâncias acompanhando A variam, nós temos razões para acreditar que A e *a* são causalmente relacionados (MACLEOD, 2018). “Se duas ou mais instâncias do fenômeno sob investigação possuem apenas uma circunstância em comum, a circunstância em que, sozinha, todas as instâncias estão de acordo, é a causa (ou efeito) do dado fenômeno” (*System of Logic*, VII, p. 390)

b) O Método da Diferença: onde a única característica distinta marcando situações nas quais o fenômeno *a* ocorre ou não ocorre é a presença ou ausência do fenômeno *A*, aí, há razão para pensar que *A* é uma parte indispensável da causa de *a*. Se percebermos, via método do acordo, que em todas as instâncias de *A*, *a* está presente, podemos pelo método da diferença, onde possível, sistematicamente retirar *A* para determinar se *A* é a causa de *a*. Mill chama esse procedimento de Método Conjunto de Acordo e Diferença. “se uma instância na qual o fenômeno sob investigação ocorrer, e uma instância na qual ela não ocorre, possuem todas as circunstâncias em comum salvo uma, está uma ocorrendo apenas na primeira; a circunstância que sozinha é aquela na qual as instâncias diferem, é o efeito, ou a causa, ou uma parte indispensável da causa, do fenômeno” (*System of Logic*, VII, p. 391)

c) O Método Residual: contra o conhecimento de que *A* é a causa de *a*, e *B* é a causa de *b*, onde *ABC* causa *abc*, e *AB* causa meramente *ab*, podemos (eliminando-se que *c* seja efeito da conjunção de *AB*) ter que *C* é a causa de *c* (MACLEOD, 2018). “subtraído de qualquer fenômeno tal parte que seja conhecida se o efeito de certos antecedentes por induções anteriores, e o resíduo do fenômeno é o efeito dos antecedentes remanescentes” (*System of Logic*, VII, p. 401).

d) O Método de Variações Concomitantes: sempre que *a* varia quando *A* varia de alguma maneira particular, *a* pode ser pensado como causalmente conectado a *A*. (MACLEOD, 2018) “Qualquer fenômeno que varie de alguma maneira quando quer que outro fenômeno varie em alguma maneira particular, ele é ou uma causa ou um efeito deste fenômeno, ou está conectado com ele por meio de algum fato ou causação” (*System of Logic*, VII, p. 401).

Variando-se cuidadosamente as condições, Mill afirma que nós podemos isolar causas e revelar as leis que governam o fenômeno natural. Aprendemos primeiro a explicar eventos individuais mostrando que eles são eventos de leis causais, e então “de maneira similar, uma lei ou uniformidade na natureza é dita como explicada, quando outra lei ou leis são apontadas, das quais aquela lei, ela própria, é o caso” (*System of Logic*, VII, p. 464). Pela continuação aplicada dos Cânones da Indução, as Leis mais gerais da Natureza podem ser averiguadas. Este é o objetivo último da ciência.

“A expressão, Leis da Natureza, não significa nada além das uniformidades que existem por entre os fenômenos naturais” (*System of Logic*, VII, p. 318).

## 4.2 A ilegitimidade do método hipotético

Mill afirma não apenas que a indução enumerativa é um princípio válido, mas que é o único princípio pelo qual está justificada a inferência de fatos não observados sobre o mundo. Particularmente, Mill rejeita a validade independente do “Método Hipotético”, ou da inferência à melhor explicação (*System of Logic*, VII, p. 492). Uma hipótese:

Não deve ser recebida como provavelmente verdadeira porque ela dá conta de todo o fenômeno conhecido; uma vez que essa condição é muitas vezes preenchida toleravelmente por duas hipóteses conflitantes (*System of Logic*, VII, p. 500).

Isto, contudo, não é negar totalmente o papel da hipótese na investigação. Mill concede que a hipótese sobre uma entidade não observada, feita em um esforço para explicar observações empíricas pode oferecer sugestões úteis, mas a legitimidade para acreditar só pode ser estabelecida pelo raciocínio baseado no princípio da indução enumerativa (MACLEOD, 2018). Mill via os seus métodos indutivos como os princípios retores dos primeiros três estágios nos quais um raciocínio científico sólido poderia ser dividido: 1. Indução; 2. Raciocínio silogístico (*ratiocination*); e 3. Verificação. Neste quadro, o estágio indutivo inicial verifica a lei das causas; o segundo, racionalização silogística, computa dedutivamente daquelas leis “como as causas vão operar na combinação particular que se sabe existir no caso em questão”; enquanto o terceiro passo, verificatório, compara “este efeito calculado com o próprio fenômeno” (*System of Logic*, VII, 491-92). Tal modelo representa, na visão de Mill, o formato ideal para a descoberta e justificação da ciência: um processo indutivo apropriado fornece afirmações gerais da lei causal a partir da qual, com premissas adequadas sobre circunstâncias particulares, conclusões empiricamente verificáveis sobre instâncias individuais podem ser inferidas; estas instâncias verificáveis então corroboram as afirmações

originais da lei. Mas Mill reconhece que processos indutivos não dirigidos ou aleatórios raramente levam à descoberta de leis causais significativas: portanto o cientista deve começar com uma hipótese, uma conjectura plausível sugestiva de observações frutíferas e experimentos. (SCARRE, 1998, p. 127) “sem tais suposições, a ciência nunca poderia ter atingido o seu estado presente: eles são passos necessários no progresso em direção a algo mais certo; e quase tudo o que é agora teoria um dia foi hipótese”. (*System of Logic*, VII, p. 496).

Scarre aponta que Mill nunca se decidiu inteiramente sobre o papel apropriado da hipótese na ciência. A ideia da ciência como um palpite perspicaz e imaginativo sobre a relação causal merecedora de teste às vezes dá lugar, no *System of Logic*, a uma perspectiva diferente, onde a hipótese não é meramente uma preliminar valiosa ao uso dos métodos indutivos, mas um primeiro estágio alternativo no processo de três fases na aferição de prova. (SCARRE, 1998, p. 128) O que Mill chamou de “o método hipotético”:

Suprime o primeiro dos três estágios, a indução para asseverar a lei; e se contenta com as duas outras operações, raciocínio silogístico e verificação; a lei que é raciocinada, sendo assumida ao invés de provada (*System of Logic*, VII, p. 492).

Desta maneira, o método indutivo ao qual Mill devotou uma atenção tão cuidadosa parece correr o risco de tornar-se redundante: a ciência pode, logicamente, admiti-la, como historicamente o fez. Mas neste ponto Mill opõe uma condição extra para o Método Hipotético: para que a conclusão a qual se chegue pelo método hipotético possa ser considerada aceitável, ele sugeriu que ela deve ser capaz de ser verificada pelo método da diferença (*System of Logic*, VII, p. 492-93). O problema com este rigoroso modo de verificação, como Mill reconheceu, é que a partir de qualquer hipótese em qualquer grau dissimilar a princípios familiares, é muito difícil inferir com certeza qual o resultado que se sustenta e qual não se sustenta. Consequentemente ele concluiu que uma hipótese aceitável deve sempre ser uma hipótese simples que carregue um forte grau de analogia com princípios já bem estabelecidos (SCARRE, 1998, p. 128). Para clarificar a noção de analogia desejável entre princípios conhecidos, Mill distingue entre hipóteses sobre agentes causais e hipótese sobre leis de operação das causas:



[...] ou o fenômeno assinalado como a causa é real, mas a lei de acordo com a qual ele age, meramente suposta; ou a causa é fictícia, mas supostamente produz seus efeitos de acordo com leis similares àquelas de alguma classe conhecida de fenômeno (*System of Logic*, VII, p. 490).

Hipóteses dos dois tipos são, na visão de Mill, teoricamente capazes de confirmação ou falseamento; mas uma linha deve ser traçada ante as hipóteses que postulam uma nova causa e concomitantemente uma nova lei de operação. Das duas variedades de hipóteses toleráveis, contudo, ele preferia fortemente aquelas que postulam uma lei ‘fictícia’ a uma causa conhecida àquelas que postulam uma lei conhecida a uma causa fictícia. É mais simples, Mill acredita, observar ou experimentar em causas que já são conhecidas para nós, do que deduzir os efeitos, com base em leis conhecidas. Uma vez que hipóteses como essa não podem ser efetivamente verificadas ou falseadas pelo raciocínio da diferença, é melhor que sejam evitados (SCARRE, 1998, p. 129)

Confrontado pela evidência histórica, Mill é forçado a conceder que muitos dos grandes avanços na ciência dependeram da “grande assistência temporária” oferecida pelo método hipotético (*System of Logic*, VII, p. 496). Ainda assim, sua aversão a qualquer coisa que parecesse remotamente com *apriorismo* fez com que rejeitasse todo processo de raciocínio ou qualquer proposição que não pudesse ser rigorosamente confirmada pela observação ou pelo uso dos métodos indutivos. Na visão de Mill uma hipótese é sempre culpada até que se prove inocente. Mill percebeu que o fato lógico simples, mas vital, de uma hipótese se encaixar nos dados observados não faz dela, por isto, provada verdadeira. Pode haver um número indefinido de hipóteses alternativas incompatíveis que se encaixariam nos mesmos dados. (SCARRE, 1998, p. 129-30).

Mill permitia que hipóteses ainda não confirmadas merecessem investigação adicional se elas parecessem explicar fatos conhecidos e predissessem bem-sucedidamente novos fatos não conhecidos: pois “qualquer suspeita, não importa o quão pequena, que ponha uma pessoa engenhosa a trabalhar em um experimento, ou sustenta uma razão para tentar um experimento no lugar de outro pode ser de grande benefício para a ciência” (*System of Logic*, VII,

p. 503). Algumas pessoas “por genialidade extraordinária, ou pela aquisição acidental de um bom conjunto de hábitos intelectuais” pode lucrativamente trabalhar sem princípios pré-ordenados, mas “o grosso da humanidade requer ou compreender a teoria daquilo que está fazendo, ou ter regras dispostas para eles por aqueles que entendem a teoria” (*System of Logic*, VII, p. 11).

## **5 O CONHECIMENTO APARENTEMENTE DEDUTIVO**

Dentre as leis da natureza aprendidas pelo raciocínio indutivo estão as leis da geometria, da lógica e da aritmética (SKORUPSKI, 1998b, p. 45). As proposições gerais utilizadas nas deduções próprias a esses domínios não são mais do que “resumos convenientes” das induções individuais relevantes às respectivas investigações. Não passam de “um memorando da natureza das conclusões que estamos preparados a provar” (*System of Logic*: VII, p. 207). O que Mill quer dizer, é que as deduções lógicas, aritméticas e geométricas só podem ser tão fortes quanto a justificação indutiva que lhes dá suporte (MACLEOD, 2018).

### **5.1 Aritmética**

No centro da justificação que Mill faz da aritmética e da geometria está uma tentativa de compreender essas ciências como ciências referentes às propriedades físicas das coisas que efetivamente existem; e compreender o conhecimento matemático como um conhecimento construído sobre as percepções do ser humano com o mundo natural. Aqui, a matemática não oferece nenhum tipo de “certeza especial” independente da experiência. Na medida em que nos envolvemos na atividade de coleta de qualquer coisa, percebemos regularidades de instâncias que servem como base indutiva para generalizações. Mill aponta que o conhecimento aritmético é comumente fundado sobre uma aprendizagem mecânica. A criança aceita a prática de seus professores e a reforça por meio de exercícios, que envolvem a manipulação de pequenos grupos de objetos similares (KITCHER, 1998, p. 61-9):

Três pedrinhas em duas parcelas separadas, e três pedrinhas em uma parcela, não causam a mesma impressão sobre os nossos sentidos; e a asserção de que as exatas mesmas pedrinhas podem,

por uma alteração de arranjo e lugar, produzir um ou outro conjunto de sensações, ainda que seja uma proposição bastante familiar, não é idêntica. É uma verdade conhecida a nós por uma experiência constante e primeira: uma verdade indutiva; e tais verdades são a fundação da ciência dos Números. As verdades fundamentais desta ciência todas repousam sobre a evidência dos sentidos; elas são provadas mostrando-se aos nossos olhos e dedos que qualquer número de objetos, dez bolas por exemplo, podem por separação e rearranjo exibir aos nossos sentidos todos os diferentes conjuntos de número a qual a soma é igual a dez. Todos os métodos desenvolvidos de ensinar aritmética para crianças procede sobre o conhecimento deste fato. Todos aqueles que desejam conduzir a mente da criança junto da sua no aprendizado da aritmética; todos que desejam ensinar números, e não meras cifras - agora a ensinam por meio da evidência dos sentidos, da forma que descrevemos. (*System of Logic*, VII: 256-7)

Mas qual a ontologia dos números? A que objetos no mundo eles se referem? às características agregáveis de coisas:

O que o nome de um número conota é a maneira na qual objetos individuais de um dado tipo devem ser juntados, de modo a produzir aquele agregado particular (...). Toda proposição aritmética, todo pronunciamento sobre o resultado de uma operação aritmética, é um pronunciamento sobre um dos modos de formação de um dado número. Ele afirma que um certo agregado foi formado, juntando certos outros agregados, ou retirando certas porções de algum agregado, e por isso, por consequência, nós podemos reproduzir esses agregados, a partir dele, revertendo o process (*System of Logic*, VII, p. 611).

É possível reconstruir a ideia sobre o conteúdo das afirmações aritméticas vendo os números como propriedades dos atos humanos de agregar e desagregar. O comentador Kitcher sugere que o *insight* de Mill é que aquilo que podemos chamar de “a estrutura matemática da realidade”, consiste na forma que a natureza permite os rearranjos humanos. Podemos pensar nessa estrutura como uma disposição para que os objetos sejam coletados, manipulados, ordenados e rearranjados de algumas maneiras, mas não de outras (KITCHER, 1998, p. 69):

As propriedades do Número, junto de todos os fenômenos conhecidos, são no sentido mais rigoroso propriedades de todas e quaisquer coisas. Todas as coisas não são coloridas, ou ponderáveis, ou mesmo estendidas; mas todas as coisas são numeráveis. (...) Proposições, portanto, a respeito de números, possuem a notável peculiaridade de que são proposições a respeito de todas e quaisquer coisas; todos os objetos, todas as existências de todos os tipos, conhecidas para a nossa experiência. (*System of Logic*, VII, p. 221, 255)

Os mais simples tipos de atividade coletora envolvem a manipulação de objetos físicos. O objetivo destas manipulações é nos ajudar a alcançar certos tipos de representações, ver os objetos “juntos” e “separados” de todo resto. Mas a noção de coleção deve ser libertada da dependência na manipulação física. Ainda que o rearranjo físico seja uma ferramenta útil nos estágios iniciais da atividade coletora, as pessoas rapidamente se tornam hábeis a pensar matematicamente sem auxílio do mundo físico, coletando objetos apenas no pensamento:

Portanto, quando dizemos que o cubo de 12 é 1782, o que afirmamos é o seguinte: que se, havendo número suficiente de pedrinhas ou quaisquer outros objetos, nós os colocarmos juntos no arranjo particular de parcelas ou agregados a que chamamos de dozes; e colocarmos juntos estes próprios em coleções similares; e, finalmente, fizermos doze destas parcelas maiores: os agregados assim formados serão tais que poderemos chamar de 1728, quer dizer, aqueles quais (tomando-se os modos de formação mais familiares) podem ser feitos juntando-se a parcela chamada de mil pedrinhas, a parcela chamado setecentas pedrinhas, a parcela chamada vinte pedrinhas e a parcela chamada oito pedrinhas. (*System of Logic*, VII, p. 611-12).

A explicação sobre como se adquire conhecimento aritmético mais complexo do que aquele baseado em manipulações e imagens é ganho a partir do uso das definições de numerais e dos símbolos das operações aritméticas (KITCHER, 1998, p. 72). A perspectiva de Mill sobre definições é útil aqui. Em particular a visão de que definições carregam com elas uma “questão de fato associada”: deve haver uma concordância com a forma como a

definição dos termos científicos respondem às novas descobertas, pois o principal propósito das definições científicas:

[...] é servir como o marco divisório da classificação científica. E uma vez que as classificações em quaisquer ciências são constantemente modificadas na medida em que o conhecimento científico avança, as definições nas ciências também estão constantemente variando (*System of Logic*, VII, p. 139).

No vocabulário kantiano, o empirismo de Mill rejeita não apenas os juízos sintéticos *à priori*, mas também os analíticos *a priori*. A linguagem fica sujeita a avaliação do quão bem ela serve aos propósitos de investigação. O termo “solteiro”, assim, corresponderá ao “não casado”, não automática ou analiticamente, mas apenas na medida em que essa correspondência tiver uma justificação. Dessa forma, seria uma visão apenas superficial aquela na qual o apelo a uma definição cederia conhecimento *a priori*. Se a analiticidade é a chave para o conhecimento *a priori*, então este é um conhecimento “dado de graça”. Uma vez percebido que, virtualmente, qualquer tese pode ser construída de modo que seja uma consequência das definições, torna-se aparente que qualquer tentativa de justificar nossas crenças a partir de definições deve depender de o quão justificáveis são as convenções linguísticas que empregamos. Se às vezes estão justificados os apelos às definições, é apenas porque podemos de maneira justificável adotar essa linguagem como um meio apto aos propósitos da nossa investigação (KITCHER, 1998, p. 73-4).

Uma vez que Mill não vê possibilidade de nenhuma justificação “transcendental” para os nossos conceitos, ele afirma que a aparente independência que a matemática tem da experiência é uma ilusão, fortalecida por uma concepção míope da justificação. Mas Mill têm dificuldade em afirmar precisamente quais as condições para a legitimidade das definições. Primeiramente, ele sugere que a linguagem científica legítima deve ser referencial, (KITCHER, 1998, p. 76):

Todas as definições são apenas nomes; mas em algumas definições é claro e aparente que não se intenciona nada senão explicar o sentido da palavra. Enquanto em outros casos, além de explicar o

sentido da palavra, se intenciona implicar que existe uma coisa correspondente no mundo (*System of Logic*, VII, p. 143).

Todavia, de acordo com as opiniões aqui apresentadas, de que Definições são próprias apenas de nomes, e não de coisas, não se segue que essas definições são arbitrárias. Como definir um nome pode não apenas ser um assunto de considerável dificuldade e complexidade, mas pode envolver considerações profundas sobre a natureza das coisas que são denotadas pelo nome. (*System of Logic*, VII, p. 150).

A epistemologia empirista de Mill para a matemática é dividida em duas partes. A primeira consiste em reconhecer as formas óbvias de confirmação dos julgamentos sobre regularidades na atividade coletora, atingindo assim um corpo de identidades aritméticas simples. Foi dessa maneira que nossos predecessores ganharam conhecimento desta pré-aritmética. O passo crucial para ir além dessa situação foi o começar a subsumir por meio da linguagem, a partir dessas regularidades mais simples. As definições, convenções, ou regras semânticas assim construídas desenvolvem as ciências (KITCHER, 1998, p. 76):

Acreditamos que cinco e dois é igual a sete sobre a evidência desta lei indutiva (a lei de que a soma de iguais é igual), combinada com as definições destes números. Nós chegamos àquela conclusão (como todos lembram de ter aprendido pela primeira vez) adicionado uma unidade simples de cada vez.  $5 + 1 = 6$ , portanto  $5 + 1 + 1 = 6 + 1 = 7$ : e novamente  $2 = 1 + 1$ , portanto  $5 + 2 = 5 + 1 + 1 = 7$ . (*System of Logic*, VII, p. 613).

Mill acredita que é possível transformar ciências experimentais em sistemas dedutivos introduzindo definições que se somam às regularidades indutivamente confirmadas. Ele toma a matemática como responsável por um importante papel nessa transformação em razão da universalidade das propriedades com as quais a matemática se preocupa – que são “todas as coisas numeráveis” (KITCHER, 1998, p. 76).

## 5.2 Geometria

O conhecimento da geometria também envolve a aquiescência a práticas. Os estudantes aprendem os axiomas pelos livros, lhes é dito como provar teoremas a partir destes axiomas, e, na medida em que ganham confiança, eles podem se emancipar o suficiente para aceitar novos teoremas sobre a derivação daquilo que construíram (KITCHER, 1998, p. 80). Mill visa repudiar a abordagem Kantiana que postula uma ontologia de entidades ideais. Kant desenvolveu uma perspectiva sobre a geometria na qual o processo de construir figuras mentais e inspecionar suas propriedades supostamente ofereceria conhecimento geométrico *a priori*, não por expor os conceitos constituintes, mas por ir revelando a estrutura do espaço, concebida na forma de uma intuição exterior. Hume já afirmara que podemos obter certo conhecimento dos axiomas geométricos pela atividade de exibirmos para nós mesmos as relações entre os seus conceitos. Ele via este processo como um de inspeção das propriedades de imagens mentais. Mas, apontou que estes tipos de “percepções interiores” não são mais acuradas que “percepções exteriores” (KITCHER, 1998, p. 82).

Mill desenvolveu o argumento de Hume de que a inspeção que a mente faz das propriedades das figuras geométricas desenhadas pelo pensamento não podem construir aquilo que não seja alcançável pela percepção ordinária (KITCHER, 1998, p. 82). Todavia, é incontestável que as entidades físicas da percepção ordinária, cujas propriedades são estabelecidas por meio de raciocínio geométrico, não se conformam estritamente às definições das entidades geométricas às quais são comparadas. Nesse ponto, Mill aponta a perspectiva sobre a legitimidade da linguagem, segundo a qual termos cientificamente justificáveis devem corresponder a objetos reais ou possíveis:

Não existem pontos sem magnitude; linhas sem largura; nem perfeitamente retas, nenhum círculo com seu raio exatamente igual, nem quadrados com seus ângulos perfeitamente retos. Será talvez dito que as assunções não se estendem ao efetivo, mas apenas às existências possíveis de tais coisas. Respondo que, conforme qualquer teste que podemos fazer, eles nem são possíveis. Sua

existência, até onde podemos formar algum juízo, pareceria inconsistente com a composição física do nosso planeta ao menos, se não do universo (*System of Logic*, VII, p. 225).

Para Mill é suficiente reivindicar que as verdades da geometria não gravam precisamente as propriedades dos objetos físicos, pois a sua preocupação imediata é com os erros da tradição filosófica rival. Aqueles que querem defender a visão de que a geometria é uma ciência exata cujos primeiros princípios são certos precisam encontrar objetos que respondem às definições de termos geométricos, e que possam ser localizadas em algum lugar onde será plausível sustentar que temos acesso *a priori* a eles. (KITCHER, 1998, p. 81):

Podemos raciocinar sobre uma linha como se ela não tivesse largura; pois temos um poder, que é a fundação de todo o controle que podemos exercitar sobre a operação de nossas mentes; o poder de que quando uma percepção está presente para os nossos sentidos ou uma concepção para os nossos intelectos, tratarmos de apenas uma parte dessa percepção ou concepção ao invés do todo. Mas não conseguimos conceber uma linha sem largura; não podemos formar nenhuma imagem mental de tal linha; todas as linhas que possuímos nas nossas mentes são linhas que possuem largura. Se alguém duvidar disso, podemos referi-lo a sua própria experiência. Eu muito questiono se alguém que imagina que possa conceber a chamada linha matemática, o pensa a partir da evidência da sua consciência: eu suspeito que seja mais porque ele supõe que a não ser que essa concepção seja possível, matemática não pode existir como ciência: uma suposição que não terei dificuldade em mostrar totalmente infundada (*System of Logic*. VII, p. 225).

A ontologia e a epistemologia a qual muitos filósofos creditaram a geometria, então, é uma ficção, estranha à experiência subjetiva e introduzida apenas para salvar uma teoria filosófica. Ao invés, Mill sugere que nós introduzimos uma linguagem que não se aplica efetivamente a nada no mundo, e que a tratamos como aplicável aos objetos externos e imagens similarmente, abstraindo-se algumas das características que eles efetivamente apresentam. A geometria idealiza as propriedades de objetos físicos ordinários. (KITCHER, 1998, p. 83):



[...] nada resta senão considerar geometria como que tratando de tais linhas, ângulos, e figuras que realmente existem; e as definições, como são chamadas, devem ser vistas como algumas das nossas mais óbvias generalizações concernentes àqueles objetos naturais. A correção dessas generalizações, como generalizações, é sem falhas: a igualdade de todos os raios de um círculo é verdade de todos os círculos, na medida em que sejam verdadeiros de um; mas não é exatamente verdade de qualquer círculo. (*System of Logic*, VII, p. 225-26)

O que os geométricos fizeram foi se libertar das investigações confusas e contingentes envolvendo igualdades aproximadas, ao introduzir uma língua que estritamente falando não se aplica a nada, mas que funciona muito bem para o estudo das propriedades das coisas reais. O uso da linguagem repousaria sobre o fundo de experiências que nos familiarizam com sua efetividade. Geometria, então, seria uma ciência empírica cuja justificação última repousa sobre as regularidades as quais os objetos físicos se aproximam, transformadas em definições idealizadas (KITCHER, 1998, p. 84):

Podemos supor um animal imaginário, e trabalhar por dedução, das leis conhecidas da psicologia, sua história natural; ou de uma comunidade imaginária e dos elementos que a compõem traçar a partir de hipóteses puramente arbitrárias que podem formar um exercício intelectual altamente útil: mas na medida em que eles apenas podem ensinar-nos o que seriam as propriedades dos objetos que não existem realmente, eles não constituiriam qualquer adição ao nosso conhecimento da natureza: enquanto, ao contrário, se a hipótese meramente despe um objeto real de alguma porção das suas propriedades vestindo-o com algumas falsas, as conclusões sempre expressarão, sujeita à correção, verdade efetiva. (*System of Logic*, VII, p. 229).

Se por um lado Mill sustentava que não há procedimentos para o ganho de conhecimento independente da experiência:

Eles (...) não podem, todavia, deixar de conceder que a verdade do axioma, que duas linhas retas não podem cercar um espaço, mesmo se evidente independente da experiência, também é evidente a partir da experiência. Qualquer que seja o axioma, que careça de

confirmação ou não, recebe confirmação a quase todo instante das nossas vidas, uma vez que não podemos olhar para quaisquer linhas retas que se interseccionam sem perceber que a partir deste ponto elas continuarão a divergir mais e mais. A prova experimental se amontoa sobre nós em tal profusão sem fim, e sem uma instância na qual não pode haver nem a suspeição de uma exceção à regra, que devemos logo ter fundamentos mais fortes para acreditar no axioma, mesmo como uma verdade experimental, do que temos por quase qualquer das verdades gerais que nós confessadamente aprendemos da evidência dos nossos sentidos (*System of Logic*, VII: 231-32).

Por outro, concede que seja possível, de fato, testar proposições geométricas na nossa imaginação. E ainda vai além, sugerindo que o escrutínio de imagens mentais pode ter um papel importante na justificação de algumas reivindicações geométricas (KITCHER, 1998, p. 87).

O quê diz o axioma? Que duas linhas retas não podem cercar um espaço; que depois de terem interseccionado uma vez, se elas se prolongarem ao infinito elas não se encontrarão, mas continuarão a divergir uma da outra. Como pode isso, em qualquer caso, ser provado por efetiva observação? Nós podemos seguir as linhas por qualquer distância que quisermos; mas não podemos segui-las até o infinito: pelo quê nossos sentidos podem testemunhar, eles podem, imediatamente além do ponto mais longínquo o qual o traçamos, começar a se aproximar até finalmente se encontrar. A não ser, portanto, que tivéssemos alguma prova da impossibilidade outra que aquela que a observação nos oferece, não devemos, em absoluto, ter fundamentos para acreditar no axioma. (*System of Logic*, VII, p. 233)

Figuras geométricas desenhadas na mente servem aos propósitos da justificação geométrica tão bem quanto figuras desenhadas no papel. O principal argumento de Mill contra a corrente apriorista é o de que nosso conhecimento das propriedades que discernimos nas imagens mentais também pode ser encontrado (ou ao menos aproximadamente) em objetos reais, empiricamente fundamentados, e que, portanto essa imaginação só é útil como um auxílio para a justificação empírica. Que sua confiabilidade é positivamente avaliada em termos empíricos (KITCHER, 1998, p. 87):

Sem negar, portanto, a possibilidade de nos convenceremos que duas linhas retas não podem cercar um espaço meramente pensando em linhas retas sem efetivamente olhar para elas; eu debato que nós não acreditamos nessa verdade sobre o fundamento da intuição imaginária simplesmente, mas porque nós sabemos que as linhas imaginárias parecem exatamente com as linhas reais, e que podemos concluir a partir delas para linhas reais com quase tanta certeza quanto concluíramos de uma linha real para outra (*System of Logic*, VII, p. 234).

Mill acredita que nossas experiências diárias estão repletas de dramáticas confirmações de verdades matemáticas. Mas o seu principal argumento é que a invocação da necessidade da matemática repousa sobre uma confusão entre o que se pode imaginar e o que pode ser. A sua preocupação naturalista o informa que aquilo que podemos ou não conceber se dá em razão de acidentes históricos e psicológicos (KITCHER, 1998, p. 99). Não podemos dizer como um mundo não-aritmético seria. Dada a tese de que somos bombardeados com experiências que dão suporte às leis matemáticas, Mill “cumprimenta o fenômeno que se apresenta para ele com equanimidade” (KITCHER, 1998, p. 100):

Agora eu não posso senão imaginar que tanta força esteja colocada sobre as circunstâncias da inconcebibilidade, quando há tal ampla experiência mostrando que nossa capacidade ou incapacidade de conceber uma coisa tem muito pouco a ver com a possibilidade da coisa em si, mas é na verdade muito mais um caso ou acidente, e depende da história passada e dos hábitos das nossas mentes. Não há fato mais geralmente conhecido na natureza humana do que a extrema dificuldade que é primeiramente sentida em conceber como possível algo que está em contradição com uma experiência longamente estabelecida e familiar, ou mesmo com velhos hábitos familiares de pensamento. (*System of Logic*, VII, p. 238)

### 5.3 Lógica

Mill também argumenta que a lógica contém inferências e proposições reais. Ele sustenta que o princípio da não contradição e do terceiro excluído são proposições reais – e, portanto *a posteriori*. “a mesma proposição não pode ser ao mesmo tempo falsa e

verdadeira”. “Não posso olhar para isso (...) como uma proposição meramente verbal. Eu considero que esta seja (...) uma nas nossas primeiras e mais familiares generalizações a partir da experiência” (*System of Logic*, VII, p. 277). Ele faz apontamentos análogos sobre o princípio do terceiro excluído: o argumento é que se não fosse assim - se a lógica não contivesse inferências reais – todo raciocínio dedutivo seria uma petição de princípio. Se todas as deduções válidas fossem meramente verbais, então a conclusão de qualquer dedução válida estaria assegurada nas premissas. Ela não poderia produzir nenhum novo conhecimento. Mas se a dedução produz novo conhecimento, então a lógica deve conter inferências reais (SKORUPSKI, 1998b, p. 42):

Os Lógicos persistiram em representar o silogismo como um processo de inferência ou prova; ainda que nenhum deles tenha esclarecido a dificuldade que emerge da inconsistência entre esta asserção, e o princípio, de que se já qualquer conclusão que já não está nas premissas, o argumento é vícios (...) É impossível atribuir qualquer valor científico sério para tal mero subterfúgio, como a distinção traçada entre estar envolvido por implicação nas premissas e ser diretamente asseverada por elas (*System of Logic*, VII, p. 185).

A lógica, é a mais geral das ciências empíricas e é “universalmente verdadeira de todos os fenômenos” (*An examination on Sir William Hamiltons Philosophy*, IX, p. 380-81). Sendo a “ciência de todos os fenômenos” e sendo os fenômenos tudo aquilo que podemos conhecer, “estamos bastante seguros em olhar para [as leis da lógica] como leis da Existência” (*An examination on Sir William Hamiltons Philosophy*, IX, p. 382). As leis da lógica são também as leis do pensamento, no sentido de que são os princípios nos termos dos quais não podemos deixar de pensar. Nós violamos estes termos frequentemente no nosso pensamento, é claro, mas nunca o fazemos sabendo que o fazemos. Pois “violá-los conscientemente é impossível” (*An examination on Sir William Hamiltons Philosophy*, IX, p. 373). Todavia, Mill nega que a sua estatura como leis da existência possa ser deduzida do fato de que elas codificam as leis do pensamento. Provar que “uma contradição é impensável” não é provar que ela é “de fato impossível”

(*An examination on Sir William Hamiltons Philosophy*, IX, p. 382). E é essa última afirmação que é requerida para se sustentar o “processo do pensamento”. “Nossos pensamentos são verdadeiros quando eles correspondem com o Fenômeno” (*An examination on Sir William Hamiltons Philosophy*, IX, p. 384) (SKORUPSKI, 1998b, p. 47). Se:

[...] houvesse qualquer lei necessitando-nos pensar uma relação entre o fenômeno que não existe de fato entre o fenômeno, então certamente o processo do pensamento seria provado inválido, porque nós deveríamos ser compelidos a pensar verdadeiro algo que seria na verdade falso. (*An examination on Sir William Hamiltons Philosophy* IX, p. 383)

Mill afirma que a:

“Lógica não é a teoria do Pensamento como Pensamento, mas do Pensamento válido; não do ato de pensar, mas do ato de pensar corretamente [...] Não é uma ciência distinta, e coordenada com a Psicologia. Na medida em que é propriamente uma ciência, é uma parte, ou ramo, da Psicologia; diferindo dela, por um lado como uma parte se difere do todo, e por outra, como uma arte se difere de uma ciência. Seus fundamentos teóricos são totalmente emprestados da Psicologia, e incluem o tanto desta ciência quanto é requerido para justificar as regras da arte (*An examination on Sir William Hamiltons Philosophy*, IX, p. 359)”.

Mill não está, nessa passagem, repudiando a visão de que a lógica repousa completamente em verdades empíricas universais. Mas ele acredita que a função principal do lógico não é a tarefa científica de descobrir tais verdades mas avançar a arte do pensamento formulando regras claras de raciocínio. Ele deve formular estas regras de uma forma que elas sejam as mais úteis o possível para os investigadores, e devem embasar-se na psicologia do pensamento para fazê-lo. Como promover da melhor maneira possível a arte do pensamento claro é em parte uma questão psicológica (SKORUPSKI, 1998b, p. 48-9). Ainda assim, “as leis, no sentido científico do termo, do Pensamento como Pensamento”, não pertencem a Lógica, mas à Psicologia; e é apenas a validade do

pensamento que a Lógica toma conhecimento” (*An examination on Sir William Hamiltons Philosophy*, IX, p. 359).

Quando a lógica é considerada um conjunto de verdades, então a sua visão dela, como sua visão da matemática, é universalista e empirista. A geometria formula as leis do espaço físico, aritmética as leis da agregação, e lógica as leis da própria verdade. Se nossos pensamentos são verdadeiros apenas quando eles são feitos de modo a corresponder com o fenômeno, então como podemos saber que eles são verdadeiros de outra maneira que não pela evidência indutiva que mostra que eles correspondem com o fenômeno? E isso inclui nossos pensamentos lógicos, uma vez que eles também são verdadeiros quando pensados de modo a corresponder com o fenômeno (SKORUPSKI, 1998b, p. 49).

## **6 AS CIÊNCIAS MORAIS**

O último livro do Sistema de Lógica: “Lógica das Ciências Morais”, representa uma tentativa de fundamentar o estudo dos fenômenos sociais como ciência. Para Mill, não haveria, a rigor, uma lógica própria às ciências sociais, e sim – descontadas algumas diferenças quanto ao grau de complexidade dos seus fenômenos – continuidade entre os princípios metodológicos adotados por elas. As ciências sociais seriam parte das ciências naturais, suas possibilidades enquanto ciência sendo garantidas, como a de qualquer outra ciência, pela existência de padrões regulares de manifestação dos fenômenos que estuda. Os fenômenos da ação humana apresentariam tais regularidades e constituiriam, assim, um objeto de estudo passível de investigação científica. As regularidades, no caso da ação humana, envolvem, de um lado, as circunstâncias externas e os motivos entendidos como ocorrências mentais e, de outro lado, as ações específicas que daí resultam (MASSELLA, 1999, p. 12).

### **6.1 Psicologia**

Por trás de toda teoria ou "escola" de psicologia repousa uma teoria sobre como a mente humana funciona, as operações que ela realiza, as causas e efeitos dos estados mentais e atividades, *etc.* No

caso de John Stuart Mill e de seu pai, essa teoria era o Associacionismo (BALL, 2017, p. 146). A principal obra de James Mill em psicologia é a sua *Analysis of the Phenomena of the Human Mind*, publicada em dois grandes volumes em 1829. Sua *Analysis* é uma tentativa de sintetizar e sistematizar uma pesquisa científica que iniciou com Locke no *Essay Concerning Human Understanding* (1690), e continuou com Hartley no *Observations on Man* (1749). No coração do seu programa de pesquisa está um conceito desenvolvido por Locke da “associação de ideias”. A ideia de “humano” era analisada na soma lógica das partes mais simples “animal” e “racional”. A ideia de “casa” consistiria na soma das várias partes de uma casa: chão, paredes, etc. Uma ideia complexa surgiria gradualmente, por meio de um processo de associação que unificaria o precedente causal e as partes lógicas mais simples em um todo complexo. A análise psicológica revelaria como foi que os fenômenos mentais vieram a ser por meio do processo de aprendizagem associativa. Sob essa perspectiva, o fenômeno mental aprendido seria um grupo de partes separáveis, e a análise deles consistiria em localizar as partes que definem o conceito (WILSON, 1998, p. 215-6).

Durante a sua crise mental, Mill veio a perceber que fenômenos psicológicos como as respostas estéticas à poesia, ou os sentimentos morais, seriam mais do que a mera soma de quaisquer partes que a análise revela. Seriam “todos unificados”, com qualidades que não estão presentes nas partes. Para Mill, estados de consciência combinam-se causalmente de modo a produzir novos estados de consciência com um caráter qualitativo ou intrínseco totalmente novo. Na associação, uma espécie de “química mental” ocorreria, na qual o produto do processo vem a apresentar propriedades não presentes nos seus antecedentes genéticos. Similarmente a maneira como a água tem propriedades que não estão presentes nem no hidrogênio nem no oxigênio. Portanto, se a análise psicológica deve revelar as origens genéticas do fenômeno, não se trata de decompor o fenômeno nas suas partes constituintes. Ainda, falar de antecedentes genéticos é falar das causas, e causas não podem ser descobertas *a priori*. Isso significa reconhecer que nenhuma análise psicológica pode proceder *a priori*, decompondo o evento mental nas partes reais da qual ele deveria ser a soma lógica (WILSON, 1998, p. 217).

A análise psicológica, conforme concebida por Mill, envolve primeiro dar atenção ao fenômeno mental como um todo, fenomenologicamente, e então dar atenção a ele analiticamente, de modo a trazer a atenção para as partes anteriormente ausentes à consciência. Se A e B tornaram-se associados para produzir C, então igualmente haverá uma associação entre C e os seus antecedentes genéticos A e B: cada um é necessário e suficiente para o outro. A análise psicológica é um processo que usa essa associação para trazer à consciência os antecedentes genéticos do fenômeno mental (“ideia”) com o qual se está ocupado. O produto da análise é o conhecimento de uma associação. Uma vez que uma ação é uma regularidade, a análise procede empiricamente, conforme os métodos das ciências empíricas, e não *a priori*. As partes metafísicas que a análise revela não estão lá como partes reais, ainda que possam, por meio da associação, ser recuperadas. Em geral não haverá razão para assumir que as partes analíticas, isto é, as partes que são recuperadas durante a análise, os antecedentes genéticos, são as partes lógicas. A análise assim revela o processo de aprendizagem pelo qual o último fenômeno mental surgiu, mas agora entendido que isso não requer que pensemos esse fenômeno como literalmente redutível a essas partes. Ao invés, no processo associativo de aprendizado, os elementos interagem como que quimicamente, ao invés de mecanicamente, para produzir o fenômeno que é qualitativamente diferente desses elementos (WILSON, 1998, p. 217).

Macleod aponta essas modificações na sua herança associacionista como, em parte, uma reação a apontamentos feitos pela escola Romântica, Germano-Coleridgeana. A perspectiva Milliana, contudo, permanece firmemente dentro da tradição do empirismo britânico - e ele nunca vacila no compromisso com a afirmação de que nossa vida mental é governada por leis causais que operam de modo determinista (MACLEOD, 2018). No momento em que James Mill assumiu a pesquisa que resultou no seu *Analysis of the Phenomena of the Human Mind*, o programa de pesquisa associacionista já tinha mais de cem anos; Hume havia despertado Kant do seu “sono dogmático” e o incitado a lançar a sua “revolução copernicana” contra-associacionista; e uma grande quantidade de energia e atenção estavam sendo devotadas a traçar as implicações morais, psicológicas e políticas desse programa. Em outras palavras, a atenção havia mudado



da teoria para a prática (BALL, 2017, p. 147).

Uma das preocupações mais importantes é a que diz respeito à forma como o caráter da pessoa é formado, desde cedo, por “trens de associação”. Uma vez que o conceito de “caráter” figura muito no trabalho dos Mill, pai e filho, é preciso esclarecer o sentido do termo. O caráter de alguém consiste em uma série ou sistema de disposições para que se pense ou aja de uma maneira característica. Em certo sentido, cada pessoa é o seu caráter. O caráter constitui o esqueleto moral, mental e intelectual de alguém. É o que mantém tudo junto, fazendo-nos quem somos. O associacionismo oferece uma explicação sobre como e porque certos tipos de caráter são formados, e com quais resultados (BALL, 2017, p. 147). James Mill devotara tempo igualmente à teoria e à prática do associacionismo. Sua *Analysis* trata da teoria, e seus numerosos ensaios em educação, etologia, política, teoria da pena e reforma prisional, a prática. James inclusive modificou a teoria utilitarista conforme suas linhas associacionistas; ao invés de falar em “dor” e “prazer”, como Bentham o faria, falava de experiências dolorosas ou prazerosas, e sobre como formar o caráter e a conduta de qualquer pessoa é em grande medida uma questão de fazê-la associar condutas reprováveis com sensações penosas e condutas admiráveis com prazerosas (BALL, 2017). Frequentemente, diz ele, o contrário acontece: cedo na vida as crianças aprendem a associar uma conduta ruim com sensações prazerosas. Na falta de controle dos impulsos, e preferindo gratificações imediatas a distantes, elas se tornam crianças malcomportadas que depois se tornam adultos malcomportados. Criminosos cometem crimes e condenados estão na prisão, pois possuem um caráter defeituoso; foram malformados por experiências associativas na juventude; eles não receberam o tipo correto de educação, tal qual a educação prescrita por James Mill no seu ensaio *Education*. Na falta disso, eles devem, enquanto estão na prisão, ficar sujeitos a um tipo de reforma educacional. Literalmente uma “re-formação” do seu caráter, que é uma tarefa muito mais difícil. Isto, pois, como o Mill mais velho nota na *Analysis* e na sua longa resenha de *A New View of Society* de Robert Owen, a educação mais eficiente é a dos muito jovens. John Stuart Mill cunhou o termo “etologia” como a ciência da formação do caráter, mas o seu pai escreveu extensivamente sobre o assunto, sob o nome de “a ciência da

educação” (BALL, 2017, p. 148). Ambos Mills, dentro de sua base naturalista comum, professavam visões deterministas. Isto se o termo “determinista” significa apenas “alguém que sustenta que todos os fenômenos podem ser rastreados a uma explicação causal, e são de fato efeitos explicáveis invocando-se leis gerais que os ligam às causas antecedentes”. Mas James e John Stuart são deterministas de maneiras diferentes. James Mill acreditava que um sujeito não pode tomar parte na formação do próprio caráter, enquanto o filho acreditava que sim (e John Stuart afirma tê-lo feito consigo próprio). Colocando de outra maneira, o pai acredita que as causas da formação do caráter são sempre e necessariamente externas ao ator, enquanto o filho sustenta que as causas da formação do caráter podem vir do seu interior (BALL, 2017, p. 148). Na sua extensa resenha do livro de Robert Owen *New View of Society*, James Mill exaltou e endossou a teoria determinista de Owen. “Seres humanos”, escreveu o velho Mill, “são as criaturas das circunstâncias em que estão posicionados”. De fato, “quase tudo o que constitui o caráter é resultado das impressões que, a partir de fontes que não se tem controle, são feitas sobre o indivíduo” (MILL, 1813, p. 98). Ele afirma que “o caráter do homem é mau até a maior depravação, ou bom até a maior excelência, exatamente na medida em que foi operado pelas circunstâncias” nos anos formativos da infância. O caráter do criminoso mais depravado é formado na infância (BALL, 2017, p. 149):

Se o caráter de um homem, e mesmo suas opiniões, são o resultado inevitável das circunstâncias na qual ele foi colocado, ele não é o objeto de qualquer sentimento hostil em razão delas. Elas não foram produzidas por circunstâncias sobre as quais ele teve qualquer controle (MILL, 1813, p. 113).

As leis, portanto, são “substitutos imperfeitos para os defeitos de caráter”, que são quase indelevelmente inculcados na juventude. E “nenhuma lei, onde o caráter é universalmente depravado, pode salvar a sociedade da desgraça”. O caráter individual “na proporção em que é bom, realmente supre o lugar das leis”. (BALL, 2017, p. 149):

A primeira consideração de sabedoria pública é assegurar em qual grau é possível operar no melhoramento do caráter humano. Nisto repousa a fundação de tudo. Nenhuma lei ou conjunto de leis (...) pode se vangloriar de uma eficiência e compreensividade como essa. Cada outro ramo da legislação, na verdade, afunda até a insignificância em comparação (MILL, 1813, p. 97).

Como Owen, James Mill colocara o caráter e o papel da educação infantil no centro de tudo. A mente humana não é mais nem menos do que um depósito de associações de ideias derivadas da experiência. Muito antes de Freud, o velho Mill enfatizou repetidamente que aquelas associações formadas na infância são de longe as mais fortes e profundas, e as mais determinantes para o caráter do adulto (BALL, 2017, p. 150):

Uma lei da natureza humana, é que as primeiras sensações experimentadas produzam os maiores efeitos; mais especialmente, que as primeiras repetições de uma sensação depois da outra produzam o hábito mais profundo; a propensidade mais forte a passar da ideia de uma para a ideia de outra. A linguagem comum confirma essa lei quando fala da suscetibilidade da mente indantil (MILL, 1992, p. 175).

Isto explica muito do esforço extraordinário de James Mill para educar seu filho John. Ainda, explica os esforços de John Stuart por quase toda a vida, em libertar-se dos efeitos duradouros do regime pesado de formação do caráter que o seu pai lhe impôs. Ainda, ilumina os motivos que levaram o filho a desenvolver uma alternativa à teoria de formação de caráter do seu pai (BALL, 2017, p. 150).

John Stuart inicia o Livro VI do *System Of Logic*, que trata da “Lógica das Ciências Morais”, lamentando o “estado atrasado das ciências morais [que] só pode ser remediado aplicando-se os métodos das Ciências Físicas, diligentemente estendido e generalizado” (*System of Logic*, VIII, p. 835). Se há uma ciência da psicologia, por exemplo, deve haver leis gerais ligando as causas aos efeitos, pensamento e ação. Mas “as leis da Mente, e, até em maior grau, aquelas da sociedade, estão tão longe de lograr um estado similar [ao das ciências físicas]”, e muito trabalho resta por fazer

(*System of Logic*, VIII, p. 833). Aqui, no livro que conclui o Sistema de Lógica, Mill apenas pode fazer rascunhos e sugestões sobre como essas leis parecem ser. O escândalo singular das ciências morais – psicologia incluída – é que lhes falta quase totalmente o conhecimento dessas leis. A ambição de Mill é apenas a de “apontar o caminho”, esclarecendo algumas confusões lógicas e semânticas que vem impedindo o progresso das ciências morais. Seu objetivo é mostrar que os métodos das ciências físicas são de fato aplicáveis às ciências morais; e delinear os contornos da nova ciência, que chama de Etologia (BALL, 2017, p. 150):

Uma ciência é portanto formada, a qual eu proponho chamar de Etologia, ou a Ciência do Caráter, de *ethos* (hábito), uma palavra que corresponde mais elegantemente ao termo “caráter” que eu uso aqui (...) O nome talvez aplicável etimologicamente a uma ciência inteira da nossa natureza mental e moral; mas se, como é comum e conveniente, nós empregarmos o nome Psicologia para a ciência das leis elementares da mente, Etologia servirá para a ciência ulterior que corresponde à arte da educação no senso mais amplo do termo, incluindo a formação do caráter nacional e coletivo, assim como o individual (*System of Logic*, VIII, p. 869).

Mill primeiro busca mostrar que o caráter é formado causalmente pelas “circunstâncias antecedentes”, mas contrariamente ao seu pai, ele vai longe para mostrar que o fato de que o caráter de alguém, ao menos inicialmente, é causalmente formado por outros, não significa que essa pessoa é impotente para mudá-lo. A questão é que se “as ações dos seres humanos, como todos os eventos naturais, [estão] sujeitas a leis invariáveis” então a liberdade humana é uma ilusão. Mill busca mostrar que essa reivindicação repousa sobre uma série de confusões semânticas a respeito da doutrina da “Necessidade Filosófica”. Tal doutrina, se:

[c]orretamente concebida (...) é simplesmente isso: que, dados os motivos que estão presentes para a mente de um indivíduo, e dado similarmente o caráter e disposição do indivíduo, a maneira como ele agirá pode ser infalivelmente inferida; que se conhecessemos uma pessoa completamente, e conhecêssemos todos os indutores que agem sobre ela, poderíamos prever sua conduta com tanta

certeza quanto podemos prever qualquer evento físico (*System of Logic*, VIII, p. 836-7).

Mas disso não se segue que uma pessoa é e deve manter-se escrava das suas causas e circunstâncias antecedentes, introduzidas na infância pelos pais e por outros. Nós podemos mudar as circunstâncias adicionando nossos próprios desejos ou volições às condições antecedentes que determinam causalmente a forma e o conteúdo do nosso caráter. Esse desejo torna-se um antecedente que, portanto, altera o resultado da série causal de antecedentes que formam o caráter (*System of Logic*, VIII, p. 838). Sendo assim, somos em princípio livres para nos reformarmos, isto é, “reformarmos” (BALL, 2017, p. 151). Não apenas nós podemos reformar nosso caráter, como “estamos sob uma obrigação moral de buscar o melhoramento do nosso caráter moral” (*Examination of Sir William Hamilton’s Philosophy*, IX. p. 466). Ainda, nosso caráter é o produto não apenas da educação imposta sobre nós por outros, mas também por experiências não planejadas e contingentes, incluindo-se acidentes, encontros por acaso, e assim por diante. Isso constitui a possibilidade sempre presente de produzir consequências não previstas, imprevisíveis e não intencionais (BALL, 2017, p. 152).

Seja o assunto a meteorologia ou os padrões do comportamento humano, qualquer ciência genuína deve, na visão de Mill, ser capaz de oferecer explicações causais. Nós podemos explicar quaisquer eventos, sejam eles tornados ou explosões de raiva, deduzindo uma descrição do evento de premissas que incluem as leis gerais relevantes e as condições antecedentes. Portanto, se deve haver uma ciência da formação do caráter, seu padrão de explicação deve se conformar com esse modelo no qual as causas estão conectadas aos efeitos pelas leis gerais. Para Mill, a principal diferença entre as ciências físicas e as ciências morais é que, nas últimas, o desejo humano pode figurar como uma condição ou causa antecedente (BALL, 2017, p. 152). Mill não oferece uma descrição detalhada dos métodos da etologia, mas apenas um contorno de como essa ciência, uma vez desenvolvida, se parecerá. Deverá ser uma ciência que faz a ponte entre a psicologia e a sociologia. Essa nova ciência está interessada nos tipos de caráter que podem ser formados por meio da associação, sob diferentes circunstâncias

anteriores. Pessoas com educações diferentes, com diferentes experiências formativas, sempre terão caracteres diferentes, e pessoas com caracteres diferentes agirão de formas diferentes, tanto individualmente quanto em conjunto com outras (BALL, 2017, p. 153). A Etologia, Mill afirma, ainda deverá ser criada, e suas leis gerais devem ser derivadas das leis da psicologia associacionista:

A inferência dada pela teoria a respeito do tipo de caráter que pode ser formado por quaisquer dadas circunstâncias deve ser testada pela experiência específica daquelas circunstâncias, onde quer que sejam obtíveis (*System of Logic*, VIII. p. 874).

## 6.2 Etologia

O caráter da mente de um indivíduo, Mill afirma, está inteiramente em função das experiências pelas quais este indivíduo passou. Neste sentido, Mill mantém-se firme na doutrina empirista setecentista da *tabula rasa*. Nas mãos de Mill, contudo, ela transforma-se em uma afirmação caracteristicamente oitocentista de que a natureza humana é ela mesma maleável. Experiências específicas inscrevem suas lições nas nossas mentes, nas condições anteriores, que diferem de cultura para cultura, tem um papel igualmente importante. Tal aculturação afeta o caráter, os desejos e as disposições dos seres humanos, que variam radicalmente dependendo da configuração de seres humanos - um ponto notado por muitos dos contemporâneos românticos de Mill, e um que influenciou a direção do seu utilitarismo. A natureza humana exibe uma “maleabilidade impressionante” (*Civilization*, XVIII, p. 145) (MACLEOD, 2018):

[...] se há algumas tendências na natureza humana (...) que são as mesmas em todas as épocas e países, estas nunca formam a totalidade das tendências. (*The Spirit of the Age*, III [Part I] *Examiner*, XXII, p. 256-7).

Mas isto também afeta nossas crenças e nossos modos de perceber o mundo. Como Mill aponta:

Uma grande parte do que parece observação é, na verdade, inferência [...] Pois em quase todo ato das nossas faculdades

perceptivas, observação e inferência estão intimamente misturadas. O que nós dizemos observar é normalmente um resultado composto, do qual um décimo pode ser observação, e os nove décimos remanescentes inferência. (*System of Logic*, VIII, p. 641-2).

Durante e depois da sua crise mental, Mill veio a compreender que os hábitos enraizados e normas da interação social estavam envolvidos nas questões sociais, e que esses hábitos não poderiam ser facilmente transformados. Mill apresenta um crescente interesse em trabalhar dentro dos costumes e instituições existentes, em uma direção reformista, e até mesmo em respeitar essas instituições. Pessoas com hábitos não estão tão prontamente preparadas para ser transformadas, como uma visão mais mecânica da natureza humana – tal qual a de seu pai – pressupõe. Deve-se trabalhar dentro dos padrões estabelecidos, se é pretendido obter qualquer melhoramento. Mill veio a afastar-se do benthamismo mais estreito e mais mecânico para reconhecer que a forma de inspiração utilitarista apenas poderia ser bem-sucedida se combinada com uma dose de conservadorismo orgânico (WILSON, 1998, p. 219):

Para determinar a forma de governo mais adequada a qualquer povo em particular devemos ser capazes de distinguir, dentre os defeitos e deficiências que pertencem àquele povo, distinguir aqueles que são impedimentos imediatos ao progresso; descobrir o que é que tende a lhes dar aquilo cuja carência lhes impede de avançar, ou avançar apenas de uma maneira falha e desajustada. Não devemos, contudo, esquecer da reserva necessária em tudo aquilo que tem como objetivo o melhoramento, ou Progresso, a saber, que ao buscar o bem que ainda é preciso, não danificar, ou o mínimo possível, aquilo que já se possui (*Considerations on Representative Government*, XIX, p. 396).

O seu entendimento sobre a complexidade da relação entre utilidade abstrata e um dado tecido da vida ética foi influenciado por Coleridge. Em contraste com Bentham, Coleridge achava que:

[...] a longa duração de uma crença (...) é ao menos a prova de uma adaptação em uma ou outra porção da mente humana; e se, ao escavar até as raízes, não encontrarmos, como geralmente é o caso, alguma verdade, devemos encontrar algum desejo natural ou

requerimento da natureza humana ao qual a doutrina em questão é apta a satisfazer: dentre os desejos os instintos de egoísmo e de credulidade têm um lugar, mas de jeito nenhum um lugar exclusivo. (*Coleridge*, X, p. 120).

Os pensadores franceses Saint-Simonianos e Comte também fora de grande influência para Mill. Augusto Comte, como Coleridge, sustentava que:

Na medida em que a sociedade prossegue o seu desenvolvimento, seus fenômenos são determinados mais e mais não pelas simples tendências de uma natureza humana universal, mas pela influência acumulada de gerações passadas sobre o presente. Os seres humanos, eles mesmos, sobre as leis cuja natureza os fatos dependem, não são abstratos ou universais, mas seres humanos históricos, já formados e feitos o que são pela sociedade humana (*Auguste Comte and Positivism*, X, p. 307).

Ainda que Mill não se expresse nestes termos, ele vê as instituições sociais como que constituídas por papéis inter-relacionados, com pessoas agindo nas formas características das instituições. Ele fala no “consenso” em grupos sociais e na sociedade como um todo, “Similar àqueles que existem entre os vários órgãos do homem e dos animais mais perfeitos, e constituindo uma das muitas analogias que tornaram universais expressões tais como ‘corpo político’ e ‘corpo natural’” (*System of Logic*, VIII, p. 889). O argumento é que uma instituição não é um ajuntado de indivíduos mais do que um animal é um ajuntado de órgãos, e sim constituída por relações entre as partes, isto é, padrões de ações e comportamentos coordenados. Estas formas de agir e se comportar são determinadas pelas normas que definem os papéis, com as pessoas sendo movidas a se conformar a essas normas pelos seus sentimentos morais: eles aprenderam a valorizar tais formas de se comportar (WILSON, 1998, p. 222).

Uma das mais simples e fundamentais instituições sociais – a qual Mill pensou consideravelmente – é a da promessa. Há dois papéis: do promitente e do promissor. Duas pessoas entram nos papéis de promitente e promissor quando uma diz à outra “eu prometo que farei X”. Os seres humanos adquirem cedo o sentimento



moral de que as pessoas devem manter as suas promessas. Há um padrão geral de comportamento. Estes sentimentos morais são apreendidos e adquiridos por meio de associação, em vez de serem inatos. Ainda assim, tais sentimentos estão profundamente incorporados na natureza humana. O ponto é que o sentimento que faz as pessoas se conformar com a norma que comanda as pessoas a cumprir suas promessas faz com que as pessoas conformem os seus comportamentos a ela. Assim, quando o promitente e o promissor entram em seus papéis, um passa a sentir a obrigação moral a fazer x, que foi prometido, e também que o outro tem o direito moral de esperar que x seja feito. Similarmente, o promissor passa a sentir que o promitente está moralmente obrigado a fazer X e sentir que ele ou ela tem o direito moral de esperar que X seja feito pelo promissor. Uma vez que sentimos que é obrigatório que todos se conformem a essa regra, cuidamos para educar as crianças de modo que elas também se conformem a essa regra, nós as colocamos em situações onde o prazer seja associado com a conformação à regra. Ainda, como sentimos que é obrigatório que todos se conformem a essa regra, quando uma promessa não é cumprida, sentimo-nos responsáveis a tomar medidas para punir a violação, ou ao menos nós sentimos que é moralmente apropriado punir o violador (WILSON, 1998, p. 223). Uma vez que sentimentos morais são de fato eficazes em motivar as pessoas, então estes sentimentos tornarão evidente que o padrão visto como obrigatório irá de fato sustentar-se dentro do grupo. Se os sentimentos ligados à regra são eficazes, então se pode generalizá-lo como uma descrição de fato das pessoas em um grupo. Tais regras oferecem modelos que as pessoas têm das suas relações sociais. Se estes modelos normativos são eficazes, então eles serão de fato modelos verdadeiros. Se a regra de cumprir promessas é um modelo na mente daqueles dentro do grupo social, eles são normativos para essas pessoas. E na medida em que fazem afirmações descritivas, por exemplo “todo promitente faz ao promissor o prometido”, essas generalizações são explanatórias do comportamento observado dos membros da sociedade (WILSON, 1998, p. 224). Como Mill esclarece, as generalizações empíricas que são o ponto de partida de qualquer ciência social são apenas “generalizações aproximadas”; mas essas leis que não podem ser usada para dar predições firmes são ainda assim úteis: “quando quer

que seja suficiente saber como a grande maioria da raça humana, ou alguma nação ou classe pessoas pensará, sentirá e agirá, essas proposições são equivalentes a proposições universais” (*System of Logic*, VIII, p. 847).

Mas por que são apenas aproximações? Por que tal modelo estrutural não se encaixa precisamente nas realidades do comportamento social? Permanece verdadeiro que as normas que definem os papéis sociais oferecem explicações para ação e comportamento humanos. Mas devemos reconhecer que nem sempre elas são eficazes. É por essa razão que os modelos não são exatamente verdadeiros. Na maior parte do tempo a maioria das pessoas mantém suas promessas, e até esse ponto a regra é eficaz, assim como sua generalização. Mas nem todas as promessas são mantidas, e assim a generalização factual sobre a manutenção das promessas se mantém – não como regras determinísticas, mas lacunosas, pois nem todas as variáveis que podem interferir no comportamento das pessoas foram mencionadas. Mill reconhece o papel de leis “lacunosas” em diversas ciências, mas particularmente nas ciências sociais. O que elas marcam é a existência de certas variáveis que não conhecemos, mas que gostaríamos de conhecer. As lacunas representam fatores desconhecidos que, quando interferem, tornam nossas previsões fundadas sobre essas leis, falsas. Mas nós inferimos a presença de fatores que interferem e os levamos em conta pela imprecisão de nossa previsão. A falsidade da predição não falsifica a lei lacunosa, mas significa que tal lei não é tão útil para os propósitos da previsão como seria se essas lacunas fossem preenchidas. O objetivo definitivo das ciências empíricas é um conjunto de leis que tenha o mínimo de lacunas possível. Enquanto isso, devemos trabalhar com as leis lacunosas que possuímos, ou ao menos, podemos nos aproximar estatisticamente do assunto, de um modo que nos permita estimar até qual extensão podemos esperar razoavelmente esperar sua confirmação (WILSON, 1998, p. 227-28). Mill viu a relevância de tais procedimentos para as ciências sociais. O ponto de partida de tais ciências são as generalizações aproximadas. Mas tais generalizações, “nas investigações sociais, para a maioria dos propósitos práticos, são equivalentes às exatas; aquilo que é apenas provável quando afirmado de um ser humano individual selecionado indiscriminadamente torna-se certo quando afirmado do caráter e da conduta coletiva das massas”

(*System of Logic*, VIII, p. 847). Mill é claro sobre a natureza estatística de boa parte das ciências sociais. Ele é igualmente claro sobre a natureza imperfeita ou lacunosa de tal conhecimento, e sobre a desejanabilidade de se eliminar, na medida do possível, tais lacunas (WILSON, 1998, p. 229):

A ciência da Natureza Humana pode ser dita existir, na proporção em que as verdades aproximadas, que compõem um conhecimento prático da humanidade, possam ser exibidas como corolários das leis universais da natureza humana sobre as quais repousam; onde os limites próprios dessas verdades aproximadas fossem mostrados, estaremos aptos a deduzir outros para qualquer novo conjunto de circunstâncias, na antecipação de experiências específicas (*System of Logic*, VIII, p. 848).

As estruturas de regras sociais que movem os indivíduos não são independentes do indivíduo ou da psicologia humana. Muitos filósofos e sociólogos argumentaram que os fatores sociais devem ser construídos como entidades básicas, irreduzíveis aos indivíduos que participam dessas instituições. Todavia, o empirismo de Mill o permitirá introduzir um conceito na ciência apenas se ele se referir a coisas presentes na experiência ou que sejam definidas em termos de tais conceitos. Não vemos “A Lei”, em toda a sua majestade, condenando um ladrão, mas vemos um juiz fazê-lo. O empirismo deve reivindicar que não há nada nas instituições sociais que esteja acima dos indivíduos que dela participam e das relações sociais entre esses indivíduos (WILSON, 1998, p. 229-30). Enquanto Mill de fato insiste que fatores sociais não existem de alguma forma acima das pessoas individuais, ele não pode ser visto como algum tipo de atomista social que sustenta que não haja nada na sociedade além desses indivíduos. Os fatores sociais podem ser entendidos em termos de indivíduos que mantêm em certos tipos de relações sociais, onde essas são entendidas em termos de ações coordenadas e comportamento. Não se requer que o social seja reduzido ao não social. Mill sustenta que podemos explicar a aquisição da capacidade de participar em grupos e a se conformar às normas dos papéis sociais com referência a teoria de aprendizagem psicológica associacionista. As pessoas são posicionadas em certos contextos nos quais elas aprendem. Os contextos para o aprendizado dos papéis

sociais são claramente sociais. Eles envolvem, por exemplo, a família: ser um pai é um papel social que requer que se socialize a criança de certas maneiras; isto é, fazer isso está nas normas que definem este papel. Também envolvem outras instituições, como escolas, igrejas, prisões, programas de treinamento, *etc.* A estrutura social, então, molda o comportamento humano. Isso acontece, pois por meio do aprendizado sentimentos morais se tornam ligados a aquelas ideias. É precisamente porque os sentimentos morais estão incorporados nas nossas psicologias individuais que as estruturas sociais nem sempre nos movem. Como no caso do ato de fazer uma promessa: pode haver fatores que nos movam a agir contrariamente à maneira como a estrutura nos inclina a agir. Tais estruturas descrevem e explicam de fato a ação humana, mas para observar o significado completo de tais ações, deve-se posicioná-las no contexto do desenvolvimento do caráter de cada indivíduo. (WILSON, 1998, p. 230-31). Há uma continuidade na história através de sociedades ou grupos. A estrutura, em outras palavras, se reproduz nos indivíduos. Mill veio a entender a partir de Coleridge a importância de “um sistema de educação, iniciando com a infância e continuado durante a vida, o qual, o que quer mais possa incluir, um ingrediente principal e incessante seja a disciplina refreadora” (Coleridge, X, p. 133). Assim, dado que nós mesmos somos movidos pelas normas que aprovam a conformidade geral ao padrão que ela expressa, somos movidos por elas a sujeitar nossas crianças ao processo de aprendizagem que garantirá que tais normas venham a ser internalizadas nas suas consciências, assim como foram nas nossas. É a instituição da família que é a mais importante no processo de aprendizado. As normas estruturais são e vem a ser violadas de muitas maneiras diferentes. São as nossas individualidades as responsáveis pelos desvios das normas sociais, e, mais profundamente, responsáveis pela mudança social no tempo. É a individualidade que é responsável, no fim, por qualquer progresso econômico e social que tenhamos adquirido. O progresso social depende de líderes morais – como Jesus e Sócrates –, que por seus exemplos e argumentos, redesenharam os sentimentos morais da humanidade. O princípio da utilidade, portanto, demanda que nós encorajemos os seres humanos a desenvolver a sua individualidade. Devemos, na medida em que criamos nossos filhos, fazer com que

eles valorizem a sua individualidade, de modo que eles venham a cultivá-las eles mesmos, e a valorizar a individualidade dos outros, encorajando-os a desenvolverem-se também (WILSON, 1998, p. 232-33):

Por que é necessário que toda a vida humana deva apontar para um objeto, e ser cultivada em um sistema de meios para um único fim? Será que a humanidade, que no fim das contas é feita de seres humanos individuais, não obteria uma soma maior de felicidade quando cada um perseguisse o seu próprio, sob as regras e condições requeridas pelo bem do resto, do que quando cada faz do bem dos outros o seu próprio objeto, e não permite a si nenhum prazer pessoal não indispensável para suas faculdades? O regime de uma cidade sitiada deve ser alegremente aceito quando um propósito elevado o requerer, mas seria essa a perfeição ideal da existência humana? (*Auguste Comte and Positivism*, X, p. 332).

A necessidade utilitária não requer nem pode requerer que o teste da conduta seja o motivo exclusivo dela. Algumas pessoas, em alguns momentos, são movidos em direção ao fim do bem comum. Mas o bem comum, enquanto padrão moral definitivo, não é, na verdade, melhor servido por todas as pessoas, o tempo todo, se elas buscarem esse fim (WILSON, 1998, p. 234). Para descobrir as leis que explicam a mudança e o desenvolvimento social, é preciso de um método adaptado para este fim. O pai de Mill e os velhos utilitaristas usavam o método geométrico para justificar as teorias sobre as quais eles baseavam suas recomendações políticas. O jovem Mill reconheceu a correção das críticas dos seus métodos por Macaulay, Jones e Whewell. Mas ele rejeitava os métodos indutivos de Bacon que esses críticos propunham como alternativa. Os métodos de indução Baconiana são métodos de indução eliminativa. Eles visam descobrir quais entre uma série de hipóteses concorrentes é a verdadeira. Eles o fazem eliminando sucessivamente hipóteses a partir de instâncias falsificadoras. Aquela que, no fim, permanecer não eliminada é a verdadeira. Claramente esses métodos funcionarão apenas se for pressuposto que dentre as várias hipóteses, uma é verdadeira; isto é, deve-se assumir que há uma causa a ser descoberta. John Stuart Mill de fato assume isso: trata-se do princípio da causação universal. Ainda, não se trata de uma mera

assunção, Mill argumenta que ele de fato possui boas evidências indutivas que justificam tal asserção. Mas também, é claro que se o método da eliminação é aquele que levará à verdade, então é preciso ter uma enumeração completa das hipóteses alternativas. Este é o princípio da variedade limitada. Isto é requerido, pois, se uma alternativa não tiver sido enumerada, pode ser que seja ela a verdadeira, e não as hipóteses que até agora não foram eliminadas. O que Stuart Mill apontou aos críticos da geração anterior de utilitaristas é que na área da teoria social, que lida com grandes grupos de pessoas, simplesmente há variáveis demais para que elas sejam todas enumeradas; o princípio da variedade limitada simplesmente não pode ser alcançado. Se olharmos para as instituições sociais, nós podemos descobrir relevantes “diferenças sem nenhum limite assinalável, (...) em mais formas do que se pode enumerar ou imaginar”, e conclui que “está portanto demonstrada a impossibilidade de obter, nas investigações das ciências sociais, as condições requeridas para (...) investigação por experiências específicas” (*System of Logic*, VIII, p. 882). O melhor que se pode alcançar observando as relações sociais ou entre fenômenos de grupo na história é um grupo de leis meramente empíricas. Esses são padrões sobre questões de fato que podemos discernir no efetivo curso da história. A evidência para elas não é mais do que as instâncias que as ocorrências cobrem; com efeito, a evidência para eles é recolhida pela regra de indução da simples enumeração. Mas onde os fenômenos são complexos, tal método não descarta a possibilidade de que existam outros fatores causais trabalhando que não foram observados. Idealmente, devemos usar os métodos da indução eliminativa para eliminar a possibilidade de que tais fatores causais relevantes existam. Mas o fenômeno social é demasiado complexo para estes métodos. Então as leis empíricas discernidas na história são apenas debilmente fundamentadas, e como tais, dificilmente podem ser chamadas de científicas, e não podem oferecer uma base segura para recomendações sobre políticas públicas. Se, portanto, essas leis devem tornar-se científicas, elas devem ser posicionadas em uma base mais segura.

Mill propôs que as leis empíricas poderiam ser transformadas incorporando-as em uma teoria mais compreensiva que possa ser usada para distinguir quais das leis empíricas são genuinamente

causais, e quais são meramente generalidades acidentais (WILSON, 1998, p. 240).

No caso da história e do fenômeno social, Mill argumentou que tal teoria existe. É a ciência da psicologia. Essa ciência lida com os motivos humanos e com as causas básicas do fenômeno social. E ele argumentou que as ciências sociais poderiam proceder dedutivamente a partir dessa ciência mais básica; especificamente, ele propôs que as ciências sociais poderiam usar aquilo que ele chamou de método “dedutivo” para deduzir se as leis observadas empiricamente realmente fluíram a partir ação e dos motivos humanos, ou seja, se elas são genuinamente causais ou não (WILSON, 1998, p. 240). “O efeito produzido, no fenômeno social, por qualquer conjunto complexo de circunstâncias, importa precisamente na soma dos efeitos das circunstâncias tomadas individualmente” (*System of Logic*, VIII, p. 895). Isso não é verdade de cada uma das ciências; em química, por exemplo, ou na própria psicologia. Nessas, os efeitos frequentemente tem propriedades que não são redutíveis às propriedades das causas. As leis, nesses casos, são ditas leis “químicas”. Mas no caso do fenômeno social, não há nada no todo resultante que não esteja já nas partes; o todo resultante é simplesmente a soma das partes. Podemos, portanto, considerar cada causa que está operando e usar a ciência da psicologia para inferir que efeitos ocorrerão. Nós podemos deduzir as leis sociais. Pois a causa social é a soma das causas individuais tomadas como partes, e o efeito social é a soma dos efeitos individuais tomados como partes. O problema com o método geométrico é que ele simplesmente assume uma causa, em vez de levar em consideração “todas as causas que conjuntamente influenciam o efeito” (*System of Logic*, VIII, p. 895). Mas uma vez que todas as causas são consideradas, então pode-se de fato proceder dedutivamente, ao menos em princípio, tal qual James Mill e David Ricardo propuseram (WILSON, 1998, p. 241). Onde muitas causas agindo são todas de um mesmo tipo, é possível descobrir as leis para o fenômeno de grupo simplesmente deduzindo delas a conjunção assumida das muitas causas. Isso é o que Mill chama de método “físico” ou “dedutivo concreto”. Ele pode ser usado na economia política, onde se assume que todos agem sobre o mesmo motivo: preferir um ganho maior a um ganho menor. Todavia, onde alguém

está interessado no desenvolvimento no tempo, como mais geralmente se está na sociologia e na história, é necessário traçar no tempo os efeitos detalhados de todas as muitas causas. Este conjunto detalhado de inferências, todavia, está além dos poderes da computação humana. O melhor que podemos fazer é começar com as leis empíricas do fenômeno social e mostrar dedutivamente que esse é o resultado provável a partir daquilo que sabemos da natureza da humanidade e das circunstâncias nas quais os muitos indivíduos então existiam. A esse método, Mill chama “dedutivo inverso” (WILSON, 1998, p. 241). Em qualquer caso, contudo, não podemos nunca tomar como pressuposto que encontramos todas as causas operativas. Isso significa, com efeito, que devemos sempre tomar como pressuposto que as leis do fenômeno social que encontramos são, na verdade, lacunosas. A ciência social pode, portanto, nunca ser mais do que a ciência das tendências, em vez de uma onde as predições positivas são possíveis. Isso é, de fato, o melhor que podemos fazer dada a complexidade do fenômeno. Mas mesmo assim, tal conhecimento pode ser útil na proposição de políticas públicas. Afinal, a previsão do tempo também é útil, ainda que seja uma ciência de tendências (WILSON, 1998, p. 241).

É evidente que o método proposto para as ciências sociais pode funcionar apenas se as deduções que Mill descreve forem realmente válidas. Mill, naturalmente, argumenta que elas são. Na verdade, ele sustenta que elas ocorrem em outras áreas da ciência, como na física por exemplo. Na mecânica, é possível deduzir as leis para sistemas complexos a partir de leis para sistemas simples. Se tivermos um sistema com três corpos, podemos conceitualmente dividi-lo em três sistemas com dois corpos, e conhecendo as forças que operariam nos sistemas de dois corpos, se eles estiverem isolados, podemos deduzir quais forças que operam no sistema de três corpos. Mill sustenta que essa dedução procede *a priori*; nestes casos, em oposição àqueles tais como os da química e da psicologia, onde o efeito é “heterogêneo” com as causas, “o efeito conjunto das causas é a soma dos seus efeitos separados” (*System of Logic*, VII, p. 373). E, enquanto sabemos a lei que separa as causas por indução, a inferência dos seus efeitos conjuntos não envolve nenhuma indução adicional, mas apenas raciocínio silogístico (WILSON, 1998, p. 242):



A Ciência Social (...) é uma ciência dedutiva; não, de fato, conforme o modelo da geometria, mas que se segue das ciências físicas mais complexas. Ela infere a lei de cada efeito a partir das leis de causação sobre as quais aquele efeito depende; não, contudo, a partir da lei de uma causa meramente, como no método geométrico; mas considerando todas as causas que conjuntamente influenciam o efeito, e compondo suas umas com as outras. (*System of Logic*, VIII, p. 895)

As leis dos fenômenos da sociedade não são, nem podem ser, nada mais do que as leis das ações e paixões dos seres humanos unidos no estado social. Os homens, ainda que em estado de sociedade, ainda são homens; suas ações e paixões são obedientes às leis individuais da natureza humana. Os homens não são, quando trazidos juntos, convertidos em algum outro tipo de substância, com diferentes propriedades (...) Os seres humanos em sociedade não possuem outras propriedade além daquelas derivadas das, e que podem ser resolvidas nas, leis da natureza do homem individual. (*System of Logic*, VIII, p. 879).

### **6.3 Necessidade e Livre Arbítrio**

Um obstáculo à constituição das ciências morais que Mill considerou, e que procurou enfrentar logo no início do Livro VI do *System of Logic*, diz respeito à possível incompatibilidade entre o ponto de vista determinista acerca da ação humana e nossas ideias sobre escolha e livre arbítrio. Se o determinismo elimina o livre arbítrio, o conhecimento científico deixaria de ser uma orientação para a ação pelo mero fato de que não poderíamos escolher então entre cursos alternativos de ação. Por outro lado, se o livre arbítrio elimina o determinismo, nenhuma política de intervenções na sociedade poderia tirar proveito das regularidades fornecidas pela ciência, já que a própria possibilidade de um estudo científico estaria assim afastada (MASSELLA, 1999, p. 14). Compreender o mundo humano cientificamente – compreendendo-o como parte do mundo natural – por óbvio, tensiona com a noção de que os seres humanos são, em qualquer sentido real, livres. Mill é claro sobre como as ações humanas podem ser “infalivelmente inferidas” se os seus antecedentes forem todos conhecidos, mas, ainda assim, mantém que essa instância determinista não “conflita no menor grau com o que é

chamado de nosso sentimento de liberdade” (*System of Logic*, VIII, p. 837). Quando diz que nossas ações são causalmente determinadas e concomitantemente que somos livres. Mill adota a perspectiva compatibilista da liberdade humana: mesmo sendo verdade que nosso caráter e desejos, em combinação com um conjunto de circunstâncias, causalmente cria uma ação particular; não é verdade que sobre um caráter ou conjunto de desejos alternativo a mesma causa geraria uma ação igual. Operando sobre um caráter diferente, uma mesma causa geraria uma ação diferente. Isto, Mill concede, seria de pouca consolação se nosso caráter e desejos estivessem além do nosso controle e influência individual. Mas, ele aponta, nós podemos influenciar nosso caráter e desejos. Podemos nos posicionar em circunstâncias que modificam o nosso caráter, e podemos praticar hábitos melhores (MACLEOD, 2018):

[...] se examinarmos rigorosamente, descobriremos que este sentimento, de sermos capazes de modificar nosso próprio caráter se o desejamos, é ele próprio um sentimento de liberdade moral do qual somos conscientes. (*System of Logic*, VIII, p. 841).

Na resposta que oferece a William Hamilton na sua *Examination*, Mill diz que a consciência não pode nos dar conhecimento direto da nossa liberdade, pois a liberdade é uma habilidade e a consciência oferece acesso direto apenas aos episódios, e não àquilo que somos capazes de fazer. Há um sentimento comum de livre arbítrio, mas o que quer que ele seja, não é capaz de estabelecer uma teoria metafísica do livre arbítrio como autodeterminação (BEROFSKY, 2014, p. 135). Mill afirma que o sentimento de liberdade é apenas o conhecimento de que se pode alterar a própria vontade, se desejar-se fazer isso. E que são necessárias experiências passadas para obter conhecimento desse tipo de fato. É verdade que nós às vezes parecemos agir contra os nossos desejos mais fortes, por exemplo, quando nos restringimos de pecar, o que sugere uma expressão contra causal do nosso livre arbítrio, mas confirme Mill, nós estamos na verdade mostrando que a nossa consciência, assim como nosso desejo de fazer a coisa certa, prevaleceu neste caso como o desejo verdadeiramente mais forte. E que mais uma vez instanciamos, e não transcendemos a lei da

causação (BEROFISKY, 2014, p. 135)

Para Mill, o necessitarismo, ou a doutrina da necessidade, ao menos reconhece que a vontade cai sob a mesma ordem natural dos outros eventos. Já a tendência a inferir dessa doutrina que não somos livres é baseada em associações confusas com o conceito de necessidade. Passamos ilicitamente da ideia de necessidade para a de uma ligação forte, uma que nos leva a pensar erroneamente que nossas ações intencionais são feitas sob alguma compulsão ou irresistibilidade (BEROFISKY, 2014, p. 137). (*System of Logic*, VIII, p. 837-38). O que se segue do fato de que nossas vontades causam nossas ações? Primeiramente, não se pode dizer que a vontade necessariamente causa a ação, pois um ato de vontade nunca é causalmente suficiente para ação, sempre há outras condições necessárias, tais como o funcionamento de uma neuromusculatura. Mas a vontade é uma parte do conjunto de condições que coletivamente causa uma ação. Pode-se dizer que a ação ocorrerá a não ser que se interfira com ela, significando que se a causa total variar em relação à situação anterior, se ou as circunstâncias ou a vontade mudarem, então o tipo de ação que se seguirá pode muito bem ser diferente. Uma lei é apenas uma declaração de uniformidade ou regularidade (BEROFISKY, 2014, p. 138).

## **7 A DIFERENÇA ENTRE AS ARTES E AS CIÊNCIAS: A “ARTE DA VIDA”**

Enquanto Mill aceita a natureza paradigmática das ciências da natureza, ele apresenta dúvidas sérias sobre uma perspectiva estritamente positivista do conhecimento. Ele também rejeitou a ideia de uma natureza humana permanente, sujeita a leis exatas e invariantes - essa fora a falácia benthamita. A natureza humana não é a mesma em todos os momentos e em todos os lugares. Enquanto o utilitarismo revisado ou corrigido de Mill não descartava a busca pelo conhecimento sistemático da natureza humana, ele implicava uma distinção aguda entre verdades e regras; entre proposições da ciência e preceitos da arte. Se a política e a moral devem ser consideradas artes práticas, então é necessário que se caracterizem pela proposição de muitos fins diferentes. As regras ou preceitos apropriados a eles não são uma questão científica, mas

irremediavelmente provisionais e imperfeitas, amarradas às contingências do tempo, lugar e circunstância. Ainda, a proposição dos fins, que é a característica que define algo como arte, pressupõe a liberdade de consciência e o direito a fazer e promulgar o próprio julgamento de cada um sobre o que é certo ou errado. (HALLIDAY, 2004, p. 62-63). Mill inicia sua discussão sobre a “Arte da Vida” distinguindo tudo o que veio antes, no Sistema de Lógica, do novo enfoque do restante do trabalho:

No capítulo precedente nós nos esforçamos em caracterizar o presente estado daqueles que dentre os ramos do conhecimento são chamados Morais, que são ciências no único sentido próprio do termo, isto é, investigações sobre o curso da natureza. É costumeiro, todavia, incluir sob o termo conhecimento moral, e até mesmo (ainda que impropriamente) sob ciências morais, uma investigação cujos resultados não são expressos no modo indicativo, mas no imperativo, ou em perífrases equivalentes; o que se chama conhecimento do dever; ética prática ou moralidade (*System of Logic*, VIII, p. 943).

Essa passagem introduz a mudança de foco do teórico ao prático, da “ciência natural” para a “ciência moral”. A reivindicação de Mill aqui parece ser de que como um campo de investigação, a ética prática deve ser distinguida (ao menos em parte) pelo modo como as suas conclusões são expressas, a saber, do modo imperativo em vez do indicativo. Mill deixa claro imediatamente que esta característica da ética prática é consequência de uma distinção mais geral entre arte (do qual a ética é uma parte) e ciências (FLETCHER, 2017, p. 298):

Agora, o modo imperativo é característico da arte, tal como é distinta da ciência. O que quer que se fale sobre regras, ou preceitos, não em asserções a respeito das questões de fato, é arte; e a ética, ou a moralidade, é propriamente uma porção da arte correspondente às ciências da natureza humana e da sociedade (*System of Logic*, VIII, p. 943).

A distinção entre arte e ciência aparece muitas vezes nos escritos de Mill. Foi afirmada sistematicamente pela primeira vez no

“*On the Definition of Political Economy*”, ensaio escrito entre 1831 e 1833. Ainda que esse ensaio tenha formado a base do tratamento de Mill sobre a relação entre ciência e arte no livro final do Sistema de Lógica, foi publicado depois desse, em 1844. Mill inicia notando, assim como Coleridge já tinha feito, que a prática precede a teoria. A definição de uma ciência segue invariavelmente a criação dessa ciência; “como a muralha de uma cidade, que normalmente é erguida, não para ser um receptáculo dos edifícios que podem depois ser erguidos, mas para circunscrever uma agregação que já existe”. Em comum com muitas outras ciências, a economia política carecia de uma definição adequada. A noção vulgar do assunto, “que a Economia Política é uma ciência que ensina, ou professa ensinar, de que maneira uma nação pode tornar-se rica” estava aberta a uma objeção conclusiva (HALLIDAY, 2004, p. 65). Essa definição:

Confunde as essencialmente distintas, ainda que conectadas, ideias da ciência e da arte. Essas duas ideias diferem uma da outra assim como o entendimento difere da vontade, ou como o modo indicativo na gramática difere do modo imperativo. Um lida com fatos, outro com preceitos. A ciência é uma coleção de verdades; a arte, um corpo de regras, ou direções para a conduta. A linguagem da ciência é, Isto é, Isto não é, Isso acontece, ou Isso não acontece. A linguagem da arte é, Faça isso, Evite aquilo. A ciência toma conhecimento de fenômeno e se empenha em descobrir sua lei, a arte propõe para si um fim, e busca os meios para torná-lo eficiente. (*Essays in Economics and Society*, IV, p. 312).

Ele assume a exata mesma formulação no Sistema de Lógica. Lá Mill também argumenta que os chamados primeiros princípios são comumente os últimos a serem encontrados, e que a investigação científica nunca começa com a definição dos termos. Apenas mais tarde neste processo de investigação e descoberta que convergimos nas definições. Se a história das ciências é inicialmente marcada pela acumulação de explicações e leis parciais mais como guias de conduta do que leis da natureza, de modo que os primeiros princípios de qualquer ciência particular surjam apenas mais tarde na história, pode-se conceber por analogia que muito da nossa moralidade consistirá em preceitos que são regularizados depois. “Arte” como a referência à palavra grega *technê* sugere, consiste em instruções a

serem seguidas para que se alcance um fim ou outro, baseado no conhecimento oferecido pela ciência correspondente (RYAN, 2014, p. 250). O princípio de classificação na ciência “mais convenientemente segue a classificação das causas, enquanto as artes devem necessariamente ser classificadas conforme a classificação dos efeitos, a produção que é o seu fim apropriado.” O defeito dos “doutrinadores” é que eles tentam deduzir regras detalhadas para práticas a partir de uma premissa simples, onde o que é necessário é uma instrução que considere todas as ocasiões onde uma regra *prima facie* precisa ser suplementada ou ignorada. No Sistema de Lógica este pensamento sustenta o argumento de que uma arte não pode ser dedutiva. (RYAN, 2014, p. 249).

Mill via o utilitarismo como uma doutrina “progressista”, em distinção com o conservadorismo das éticas intuitivas, comprometidas com a existência de verdades morais fixas, conhecíveis ou por um sentimento moral, ou por serem de falsidade inconcebível. O fato de que o utilitarismo era “indutivo” estava conectado na mente de Mill com o fato de que era “progressista” (RYAN, 2014, p. 246). Mill dá enfoque a um assunto que se liga diretamente a ideia de uma moralidade progressista. Ele observa que em muitos casos, o que devemos fazer não é obedecer a uma regra simples. Às vezes somos como juízes aplicando regras, outros, somos como legisladores; no último caso, devemos nos guiar pelos méritos do caso (*System of Logic*, VIII, p. 944). A ciência diz respeito a como o mundo é, e arte diz respeito a outra coisa:

Proposições da ciência asseveram uma questão de fato: uma existência, uma coexistência, uma sucessão ou similaridade. A proposição da qual falamos agora [isto é, arte] não assevera que qualquer coisa seja, mas ordena ou recomenda que algo deve ser. É uma classe própria. Uma proposição na qual o predicado é expresso pela palavra *deve*, é genericamente diferente de uma expressa por *é*, ou *será*. (*System of Logic*, VIII, p. 949)

Logo depois de fazer observações sobre a diferença entre “dever ser” (*ought*) e “ser” (*is*), ele escreve:

É verdade que, no senso mais amplo dos termos, mesmo essas proposições aferem algo que é uma questão de fato. O fato

afirmado neles é este, que a conduta recomendada excita na mente do falante o sentimento de aprovação. Isto, todavia, não leva ao fundo da questão; pois a aprovação do falante não é razão suficiente pela qual outras pessoas devem aprovar; nem deve essa ser uma razão conclusiva mesmo para ele próprio (*System of Logic*, VIII, p. 949).

No sentido mais amplo, Mill permite que as proposições da arte afirmem algo factual, a saber, que a conduta excita em quem fala algum sentimento de aprovação (presumivelmente aprovação ou desaprovação, dependendo do julgamento) (FLETCHER, 2017, p. 301). O que constitui a Arte da Vida de Mill? Sua discussão inicial sugere que ela contém apenas moralidade, mas logo se torna claro que a Arte da Vida possui três departamentos: moralidade, prudência e estética - “o correto, o apropriado/prudente (*expedient*), e o belo ou nobre” (*System of Logic*, VIII, p. 949)

Mill criticava Bentham por apenas focar na avaliação moral. Bentham:

É acusável (...) de erro, ou mesmo da unilateralidade (...) de tratar a visão moral das ações e caracteres, que são inquestionavelmente os primeiros e mais importantes modos de se olhar para eles, como se fossem o único: onde na verdade se trata de apenas um de três, todos pelos quais nossos sentimentos quanto ao ser humano podem ser, devem ser, e não podem deixar de ser, sem inteiramente esmagar nossa própria natureza, materialmente influenciados. (*Bentham*, X, p. 112)

Mill enuncia um número de características diferentes e altamente significativas da Arte da Vida em geral. Primeiro, ele acredita que deve haver primeiros princípios de conduta que nos mostrarão “a bondade ou maldade, absoluta e comparativa, dos fins ou objetos de desejo” (*System of Logic*, VIII, p. 951). Ele também descreve tais primeiros princípios como oferecendo-nos premissas gerais “que determinam os objetos próprios de aprovação e (...) a ordem própria de precedência entre esses objetos” (*System of Logic*, VIII, p. 949). Tais princípios - aos quais Mill explicitamente refere como os princípios da razão prática em geral - e as conclusões principais a ser delineadas a partir deles, tratam do que ele quer dizer

com a “Arte da Vida” (*System of Logic*, VIII, p. 949-50). É importante notar aqui que Mill repetida e explicitamente reivindica que os primeiros princípios são sobre o valor dos objetos de desejo e aprovação. Portanto os primeiros princípios são axiológicos – sobre valor – ao invés de deonticos ou diretivos (FLETCHER, 2017, p. 302). Ainda, Mill deixa claro que todas as artes que não aquelas que compõem a Arte da Vida – Mill menciona arquitetura e medicina como exemplos – são subordinadas à Arte da vida de tal modo que apenas a Arte da Vida pode adjudicar e declarar os objetos de tais artes subordinadas como desejáveis ou dignas de serem perseguidas. (FLETCHER, 2017, p. 303). Todas as outras artes são, portanto “o resultado conjunto das leis da natureza reveladas pela ciência, e os princípios gerais da teleologia, ou a doutrina dos fins” (*System of Logic*, VIII, p.949). Em terceiro lugar, Mill acredita que há de fato um princípio, um princípio teleológico definitivo da razão prática, que governa todos os compartimentos da Arte da Vida – moralidade, prudência/adequação e estética (FLETCHER, 2017, p. 303). Ele menciona que aqueles que sugerem que possuímos uma faculdade moral inata que nos permite determinar os princípios morais corretos:

Ofereceriam apenas para aquela porção do campo da conduta que é propriamente chamado moral. Para o resto da prática da vida algum outro princípio geral, ou padrão, ainda deve ser buscado; e se este princípio for corretamente escolhido, ele (...) servirá tão bem para o último padrão da Moralidade, quanto para o da Prudência, Sagacidade ou Gosto”. (*System of Logic*, VIII, p. 951.)

Portanto, o princípio definitivo de Mill apenas é corretamente compreendido como tanto distinto de, como fundacional da, sua teoria da moralidade, prudência e estética, ao invés de ser idêntico ou se confundir com eles (FLETCHER, 2017, p. 303). Mill acredita que este único princípio, capaz de servir como uma fundação para todos os compartimentos da Arte da Vida, é tal que:

Todas as regras da prática devem se conformar, e o teste pelo qual devem ser examinados, é o da sua condutividade à felicidade da humanidade, ou ainda, de todos os seres sensíveis (*System of Logic*, VIII, p. 951).



Este princípio fundamental de teleologia, que justifica todas as regras práticas ou artes, é o “o princípio da Maior Felicidade” ou, dando-lhe seu outro nome, é o “Princípio da Utilidade” de Mill. Nós podemos constatar isto a partir da sua introdução do princípio como o princípio definitivo da teleologia, antes de adicionar em uma nota de rodapé: “Para uma discussão expressa e uma justificação desse princípio, ver o pequeno volume chamado “Utilitarismo” (*System of Logic*, VIII, p. 951). Assim, o princípio teleológico (ou de razão prática) supremo de Mill é o princípio da utilidade. O princípio avalia a desejabilidade dos objetos de desejo e avalia regras práticas baseadas na desejabilidade ou valor dos seus objetos. O princípio é a fundação para a moralidade, prudência e estética e avalia estas e outras regras práticas, apenas em termos da felicidade resultante para todos os seres sensíveis (FLETCHER, 2017, p. 303).

Como se viu, o princípio da utilidade de Mill é: (1) distinto de uma teoria moral, sendo a fundação para a sua teoria moral; (2) mais geral, uma vez que é o fundamento da moral, prudência e estética; (3) não é um critério para o certo por si, mas apenas sobre o valor dos objetos de desejo ou aprovação. A referência de Mill ao princípio da utilidade e a uma doutrina utilitária deve então ser compreendida de modo a referir apenas a este único princípio teleológico, um sobre o valor dos resultados ou objetos de desejo. Tudo isso é claro a partir do capítulo 4 do Utilitarismo, que contém duas passagens que esclarecem o que Mill quer dizer com “utilitarismo”. A primeira é: “A doutrina utilitária é que a felicidade é desejável, e a única coisa desejável, como um fim; todas as outras coisas sendo desejáveis como um meio para esse fim” (*Utilitarianism*, X, p. 234); e a segunda:

Este estado da vontade é um meio para o bem, não intrinsecamente um bem; e não contradiz a doutrina de que nada é um bem para os seres humanos na medida em que seja ou um prazer por si, ou um meio de obter prazer ou evitar dor. Mas se essa doutrina é verdade, o princípio da utilidade está provado (*Utilitarianism*, X, p. 239).

Portanto, quando se lê a filosofia moral de Mill e o Utilitarismo em particular, devemos ser cuidadosos em não identificar o que Mill quer dizer com “utilitarismo” e “princípio da

utilidade” com uma teoria da ação moral correta. Dessa observação, a prova de Mill sobre o princípio da utilidade supostamente funciona, sua conclusão é apenas sobre a bondade ou deseabilidade da felicidade, não sobre uma ação moral correta (FLETCHER, 2017, p. 305). Não é tão claro como podemos entender a “prudência” entre os âmbitos da Arte da Vida. Mill descreve a segunda categoria usando os termos “*prudence*”, “*policy*” e “*the expedient*”. No utilitarismo, Mill caracteriza moralidade como distinta da prudência e da “*expediency*”. Na sua discussão sobre moralidade e justiça:

Nós não chamamos nada de errado a não ser que queríamos dizer que uma pessoa deve ser punida por fazê-lo – se não pela lei pela opinião das criaturas que são suas semelhantes; se não pela opinião, pela reprovação da sua própria consciência. Este parece o verdadeiro ponto de virada na discussão entre moralidade e simples prudência/adequação (*Utilitarianism*, X, p. 246).

Dever é uma coisa que pode ser exigida de uma pessoa, como alguém exige uma dívida. A não ser que pensemos que algo pode ser exigido de alguém, não pode chamar isso de seu dever (...) Existem outras coisas, ao contrário, que podemos desejar que as pessoas façam, as quais gostamos ou admiramos elas por fazerem, mas ainda assim admitir que elas não estão obrigadas a fazer; não é o caso da obrigação moral; nós não os culpamos, isto é, nós não pensamos que são objetos próprios para punição (...) Eu acredito que não há dúvida de que essa noção repousa no fundo das noções de certo e errado. (*Utilitarianism*, X, p. 246).

O comentarista Fletcher sugere que interpretemos as passagens sobre louvor, culpa e punição não como oferecendo um critério para a correção moral (um critério que diz quais atos são moralmente errados), mas, ao invés, que as passagens propõem uma teoria da correção de julgamentos morais, em que tais julgamentos são conceitualmente conectados com o merecimento de punição (onde “punição” é construída amplamente, de modo a abranger sentimentos de culpa autodirigidos). As considerações de Mill sugerem uma visão da incorreção moral na qual essencialmente é ela que faz a punição ser merecida. Se essa é a forma certa de ler tal passagem, então Mill não está oferecendo uma teoria substantiva da moralidade - uma perspectiva de quais ações são certas ou erradas – mas uma forma de

identificar o conteúdo distinto de julgamentos morais, em oposição a outros tipos de julgamentos práticos ou normativos. A marca distintiva da moralidade dentro da Arte da Vida são os sentimentos particulares envolvidos (FLETCHER, 2017, p. 306).

A reivindicação que Mill faz nas passagens sobre punição e dever são instrutivas em oferecer um nível extra de detalhe para a sua Arte da Vida. Nessas passagens Mill busca (1) marcar o domínio moral como distinto do domínio prudencial (e presumivelmente do estético) e (2) especificar como a justiça se distingue da moralidade mais geral. Como Mill põe: o “verdadeiro ponto de virada das discussões sobre moralidade e simples prudência/adequação é que julgamentos morais são julgamentos sobre a justificativa da punição” (*Utilitarianism*, X, p. 246). Presumivelmente, julgamentos de prudência e adequação seriam então julgamentos sobre sentimentos justificados tais como preferências gerais não morais, escolhas ou desejos de que algo fosse o caso (FLETCHER, 2017, p. 306). No capítulo sobre a Arte da Vida, Mill sugere a visão de que as regras morais, e regras práticas em geral, são meramente balizas para a conduta (*rules of thumb*). Mill explicitamente diz que os negócios da vida prática contêm:

Casos nos quais os indivíduos estão obrigados a conformar suas práticas a regras pré-estabelecidas, enquanto há outros em que é parte da sua tarefa encontrar ou construir a regra que deverá governar sua conduta (...) O (...) prático, que segue as regras ao invés de suas razões, como os estrategistas alemães antiquados que foram derrotados por Napoleão, ou o médico que prefere que seus pacientes morram conforme a regra do que se recuperam contrariando-a, é corretamente julgado como um mero pedante, e o escravo das suas fórmulas (...) Nos casos complicados da vida, e ainda mais naqueles dos estados e sociedades, regras não podem ser confiadas, sem constantemente se referir de volta às leis científicas sobre as quais elas são fundadas (...) Conforme um prático sábio, então, regras de conduta apenas serão consideradas provisoriamente (...) Quanto maior ainda, então, deverá ser o erro, de montar tais princípios inflexíveis, não meramente como regras universais para atingir um dado fim, mas como regras de conduta gerais; sem considerar a possibilidade, não apenas que alguma causa modificadora possa impedir que se alcance esse dado fim pelos meios que a regra prescreve, mas que o próprio sucesso possa

conflitar com algum outro fim, que pode possivelmente vir a ser mais desejável (*System of Logic*, VIII, p. 946).

Cada parte do texto sugere claramente a visão de que as regras de uma arte são meramente balizas de conduta (*rules of thumb*). Em cada uma delas se reconhece que as regras são geralmente úteis, mas Mill afirma que não devemos fetichiza-las considerando-as autoridade definitiva em qualquer caso, nem devemos ter medo de consultar suas fundações. Nessas passagens Mill claramente dá expressão à sua visão geral sobre regras, e a uma preocupação geral sobre a obediência cega às regras. A questão pode ser colocada dessa forma: se as regras foram escolhidas com base na promoção da felicidade máxima, por que devemos nos ater a elas quando desobedecê-las promoveria ainda mais felicidade? (FLETCHER, 2017, p. 308):

Pelo bem da conveniência, regras devem ser formadas a partir de algo menos do que teoria idealmente perfeita (...), pois, se todas as contingências contra ativas (...) fossem incluídas, as regras seria demasiadamente difíceis para ser apreendidas e lembradas pelas capacidades ordinárias, nas ocasiões comuns da vida (*System of Logic*, VIII, p. 945).

Mas ele também aponta que regras de conduta:

Sendo feitas para a maioria dos numerosos casos, ou para aqueles de ocorrência mais ordinária, elas apontam a maneira na qual será menos arriscado agir, onde o tempo ou os meios não existem para analisar as circunstâncias reais do caso, ou onde não podemos confiar em nosso julgamento para estimá-las (...) A regra comum pode muito propriamente servir como uma advertência de que um certo modo de ação foi tido por nós e por outros como bem adaptado para os cases de ocorrência mais comum; de modo que se não for cabível ao caso em questão, a razão para que não o seja provavelmente virá de alguma circunstância não usual (*System of Logic*, VIII, p. 946).

Essa passagem claramente sugere uma visão das regras como sendo os meios geralmente necessários para superar as limitações dos agentes ordinários, particularmente limitações epistêmicas. Mill estaria ciente das consequências desastrosas da promulgação de um

princípio utilitário, inculcado e conscientemente implementado por todos. As regras podem ser corretamente vistas como derrotáveis por um praticante sábio, ainda que não possa geralmente ser promulgada nesses termos (caso contrário os problemas que surgem das limitações epistêmicas ressurgiria sobre cada um de nós, pensando-nos, cada um, este praticante sábio, o que muito provavelmente nos levaria a pensar erroneamente que as regras não se aplicam no caso em tela) (FLETCHER, 2017, p. 309). Quando Mill fala que “a promoção da felicidade é o princípio teleológico definitivo” (*System of Logic*, VIII, p. 952), ele em seguida qualifica essas afirmações dizendo que a felicidade não deveria “ser o fim de todas as ações ou mesmo todas as regras de ação. É a justificação, e deve ser a controladora de todos os fins, não ela própria o único fim” (*System of Logic*, VIII, p. 952). Portanto Mill não pensa que as pessoas devem esforçar-se ao máximo para promover a felicidade em todas as ações, ele nem mesmo acredita que as regras de conduta devem ser formuladas em termos de promoção da felicidade. Mill admite que haja casos de ações virtuosas e elementos de caráter virtuosos que levam as pessoas ocasionalmente a falhar em produzir felicidade máxima, mas ele insiste que a razão fundamental pela qual estes traços são nobres e devem ser buscados pelos indivíduos é precisamente que “no todo mais felicidade existirá no mundo, se as pessoas cultivarem sentimentos, em certos casos, independentemente da felicidade” (*System of Logic*, VIII, p. 952).

## **8 A RELATIVIDADE DO CONHECIMENTO HUMANO**

Como vimos, Mill afirma que “grande parte do que parece observação é, na verdade, inferência” (*System of Logic*, VIII, p. 641). O conteúdo bruto da experiência é extremamente estreito - de fato, Mill afirma que nós percebemos diretamente apenas as nossas impressões internas. “Dos meus sentidos, eu tenho apenas as sensações” (*System of Logic*, VII, p. 643). O que está diretamente presente para a mente não são os objetos externos, mas apenas um “conjunto de aparências” (*System of Logic*, VIII, p. 783). Nós temos acesso não mediado apenas às impressões que são geradas dentro de nós. Em outras palavras, estamos diretamente cientes apenas do nosso próprio conteúdo mental (MACLEOD, 2018).

## 8.1 Fenomenalismo: as sensações constituem a realidade

As origens do fenomenalismo – o ponto de vista que considera as sensações como os constituintes básicos da realidade, que busca construir o mundo externo a partir das sensações e das possibilidades de sensações – pode ser rastreado até George Berkeley. Para Berkeley, objetos são essencialmente grupos de ideias, efetivamente, tidos ou por sujeitos humanos, ou, em algum sentido, por um sujeito divino (HAMILTON, 1998, p. 139). Mill aponta que Berkeley não percebeu o fato de que o elemento permanente em nossas percepções é apenas uma potencialidade de sensações não efetivamente sentidas. Berkeley já havia visto, contudo, que para nós o objeto externo não é nada além de tal potencialidade. Mas “nele mesmo, o objeto era, na sua teoria, não meramente uma potencialidade presente, mas uma existência efetivamente presente (...) na Mente Divina” (*Examination of Sir William Hamilton’s Philosophy*, IX, p. 465). Conforme a formulação Milliana do fenomenalismo, nós conhecemos os objetos do mundo apenas na extensão que eles nos afetam e fazem surgir impressões conscientes – e tais impressões sempre terão sua apresentação mediada pelas faculdades sensitivas (MACLEOD, 2018). Mill afirma que nós não podemos saber nada dos objetos eles mesmos, mas apenas como eles nos aparecem, a esta posição ele chama de “Relatividade do Conhecimento Humano” (*Examination of Sir William Hamilton’s Philosophy*, IX, p. 4):

[...] todos os atributos que nós atribuímos aos objetos, consistem neles tendo o poder de excitar uma ou outra variedade de sensação na nossa mente [...] nosso conhecimento dos objetos consiste de nada mais do que as sensações as quais eles excitam. (*Examination of Sir William Hamilton’s Philosophy*, IX, p. 6).

Mill sustenta a relatividade do conhecimento de maneira inequívoca. Ele é totalmente antipático à ideia do realismo direto. Esta posição claramente se coaduna com sua rejeição da visão de que o mundo exterior é “intuitivo”. A relatividade do conhecimento exclui a possibilidade de que podemos ser diretamente, não-inferencialmente, cientes de objetos externos:

[...] não sabemos mais sobre o que eles são, do que aquilo que os sentidos nos dizem, nem a natureza nos provê qualquer meio de saber mais (...) nosso conhecimento dos objetos (...) consiste em nada mais que nas sensações que eles excitam, ou que imaginamos eles excitando, em nós mesmo (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*. pp. 5-6).

Nosso engajamento teórico com o mundo, então, é sempre mediado por nossas faculdades condicionantes - e como tais, nossas representações do mundo são sempre representações daquilo que o mundo parece ser para seres como nós (MACLEOD, 2018). A relatividade do conhecimento humano é uma doutrina epistemológica. Mas ela vem em duas formas. De acordo com a primeira, um objeto não passa de “uma concepção complexa montada pelas leis de associação (...) não há nada real (...) apenas estas sensações”. Sensações ocorrem em grupos fixados, mas não temos evidência de nenhum “substrato ou causa escondida das sensações”. De acordo com a segunda versão, Kantiana, da doutrina “há um universo real das “Coisas Nelas Mesmas” (...) mas tudo o que podemos saber sobre elas é meramente relativa a nós, consistindo no poder de nos afetar de certas maneiras” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*. pp. 6-7). (HAMILTON, 1998, p. 144). A relatividade do conhecimento repousa sobre o compromisso de Mill com uma ontologia puramente de sensações. Sua visão é de que uma vez que não podemos saber nada para além das nossas sensações, nosso conhecimento do mundo exterior não pode ser conhecimento de algo “intrinsecamente distinto” da sensação (HAMILTON, 1998, p. 144). A ideia de um mundo externo não está presente no conteúdo da experiência. Ao invés, nossa ideia de externalidade é derivada do reconhecimento de que certas sensações podem ser revisitadas (MACLEOD, 2018):

[...] ainda que eu tenha cessado de vê-lo [...] eu acredito que quando novamente me posiciono nas circunstâncias nas quais tive essas sensações [...] eu devo novamente tê-las; e além disso, que não há momento a intervir no qual este não seria o caso. (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 179)

Nossa ideia de matéria é exaurida pela ideia de:

[...] algo que existe quando não estamos pensando sobre; que existiu antes que jamais tínhamos pensado e que existirá se formos aniquilados (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 178-9).

Mas matéria, assim concebida, não é “intrinsecamente distinta” da sensação dela mesma (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 182):

[...] nosso conhecimento da mente, como da matéria, é inteiramente relativo [...] Não temos nenhuma concepção da Mente ela mesma, como se distinta das suas manifestações conscientes. (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 188-9).

## 8.2 A legitimidade das crenças irresistíveis

A teoria “introspectiva” de William Hamilton – a quem Mill responde no *Examination* – examinava nossas crenças para chegar àquelas que fossem “irresistíveis”, portanto, “inatas”, e logo “intuitivas” ou legítimas. A crença na matéria ou em um mundo externo é uma crença deste tipo. Mill rejeita o movimento de irresistível para inato, mas parece não questionar o movimento subsequente, de irresistível e inato, para legítimo:

[...] poderíamos tentar o experimento da primeira consciência em qualquer bebê – sua primeira recepção das impressões que chamamos de externas; o que quer que estivesse presente nesta primeira consciência seria o testemunho genuíno da consciência, e (...) haveria pouca possibilidade de desacreditá-la, como nossas sensações elas próprias (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy* p. 140).

De acordo com Mill, crenças que parecem intuitivas – ou seja, que são “irresistíveis” – são erroneamente consideradas como intuitivas, pois a possibilidade de elas serem um produto adquirido não é considerada. A teoria “psicológica” de Mill, em contraste, mostra como uma crença, ainda que possua “a característica da



necessidade”, pode ter sido adquirida pela experiência. Assim, no Capítulo IX do *Examination Mill* delinea a visão de que “as leis da associação (...) são capazes de criar, a partir daqueles dados da consciência que não são contestados [como sensações], concepções puramente mentais, que se tornam tão identificadas no pensamento com todos os nossos estados de consciência, que nós parecemos, e não podemos senão parecer, recebê-los por meio de intuição direta”. A crença na matéria pode ser uma destas “concepções mentais”. Ao contrário do que sustenta Hamilton, a crença “não é intuitiva, mas um produto adquirido” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 177). A formação de nossos julgamentos perceptivos é explicável, Mill argumenta, sem ter de assumir que percebemos qualquer coisa além de sensações. A “teoria psicológica” de Mill mostrará como, “supondo-se que nenhuma intuição sobre um mundo exterior tenha existido na consciência”, a crença em um mundo exterior inevitavelmente teria sido gerada, e tratada erroneamente como “intuitiva” (HAMILTON, 1998, p. 147).

### **8.3 A externalidade do mundo é uma expectativa**

Mas o que queremos dizer quando dizemos que “os objetos que percebemos são externos a nós, e não uma parte de nossos próprios pensamentos?”:

Queremos dizer, que há relacionado com nossas percepções algo que existe quando não estamos pensando sobre ele; que existiu antes de jamais termos pensado nele, e existiria se fôssemos aniquilados; e além disto, que existem coisas que nunca vimos, tocamos, ou percebemos de outra forma, e coisas que nunca foram percebidas pelo homem. Esta ideia de algo que é (...) fixo e o mesmo, enquanto nossas impressões variam (...) e que é sempre quadrado (ou alguma outra forma dada) ainda que pareça para nós quadrado ou redondo – constitui completamente nossa ideia de substância externa (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, pp 178-179).

A “teoria psicológica” de Mill é baseada na premissa da expectativa. Que “depois de ter tido sensações efetivas, nós somos capazes de formar a concepção de sensações Possíveis” e

“Associações de Ideias” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*. pp. 177-78). O processo de associação opera sobre a ação das sensações possíveis ou contingentes para gerar a “concepção complexa” de objetos externos. A essência da associação, como Mill a vê:

Quando dois fenômenos vêm sendo experimentados muito frequentemente em conjunção (...) é impossível pensar uma coisa desarticulada da outra” e como resultado “os fatos (...) respondendo àquelas ideias vem enfim parecer inseparáveis em existência”, e “a crença que temos na sua coexistência, mesmo sendo na verdade um produto da experiência, parece intuitiva (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*. pp. 177-78).

O que Mill tem em mente é o seguinte: espera-se de maneira confiante, baseado em experiências passadas, que se fosse o caso de experimentar certa sequência de sensações associadas com aproximação de uma forte chama, e experimentaria então a sensação de dor ardente. Enquanto o condicional nunca poderia ser uma certeza, o ponto de Mill é que se trata de mais do que uma mera possibilidade epistêmica. “Garantido” ou “Certificado” (*guaranteed; certified*) é uma descrição melhor do que “permanente”, uma vez que as possibilidades mudam sempre que mudar o mundo externo. Ainda, estas possibilidades certificadas ou garantidas referem-se a grupos de sensações efetivas e possíveis, entre as quais há uma ordem de sucessão fixa, que evoca a ideias de causa e efeito. Portanto, são as sensações possíveis que se tornam mais importantes: (HAMILTON, 1998, p. 148). “Minhas sensações presentes são geralmente de pouca importância e mais fugazes: as possibilidades, ao contrário, são permanentes, que é a característica que principalmente distingue nossa ideia de Substância ou Matéria de nossa noção de sensação (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*. p. 180)”. As possibilidades são, portanto, vistas por nós como fundamentadoras de um mundo comum, público, com características objetivas. Mill evidentemente acredita que sua consideração evita a multiplicidade de mundos privados implícito no idealismo de Berkeley (HAMILTON, 1998, p. 148):

As possibilidades permanentes são comuns a nós e às criaturas nossas semelhantes; as sensações efetivas não são (...) O mundo de Sensações Possíveis sucedendo uma à outra de acordo com leis, e se dá tanto em outros seres quanto em mim; é portanto uma existência fora de mim; é um Mundo Externo (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, pp. 181-82).

Mill está então explicando como possibilidades de sensação podem vir a ser erroneamente tomadas por, ou de maneira mais neutra, vistas como, objetos externos permanentemente existentes. Uma vez dada esta explicação é que ele pode oferecer a sua definição de matéria como “Possibilidade Permanente de Sensação” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy* p. 183). A inferência requerida do puro sentir para objetos físicos independentes da mente não pode ser reconhecida a partir da lógica indutiva proposta por Mill. Assim ele deve aceitar ou que não temos fundamentos para quaisquer crenças sobre objetos externos, ou devemos rejeitar a assunção de que objetos físicos são independentes da mente (HAMILTON, 1998, p. 150). Mill próprio reconhece: “Eu estou apenas apontando para isto; e para fazer isto, eu assumo apenas a tendência, mas não a legitimidade da tendência, de estender todas as leis da nossa própria experiência para uma esfera além da nossa experiência” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 187n.). Tal legitimação iria de encontro à visão de Mill quanto à inferência indutiva.

Conforme o comentador Hamilton (que não se confunde com William Hamilton), quando “objeto externo” denota “uma causa escondida de nossas sensações”, Mill sustenta que não temos fundamento para tal crença. Em outro sentido, no qual “objetos externos” não estão em uma “esfera para além da nossa experiência”, ele sustenta que falar destes objetos não é equivocado. Simplesmente quer dizer tratar de entidades dependentes da mente, possibilidades de sensação. Conforme Hamilton, contudo, Mill é ambivalente sobre o quão dependentes da mente estes objetos são (HAMILTON, 1998, p. 150-51). Mill argumenta que a crença em um mundo externo é adquirida, e assim não possui “autoridade objetiva”. As possibilidades permanentes das sensações nos levam a dizer que existem objetos exteriores, e isto é uma análise psicológica, não semântica. Por outro

lado, Mill também reivindica que as possibilidades de sensação constituem “um Mundo Externo”, e isto sugere que ele acredite que as Possibilidades são “o que queremos dizer” quando tratamos de objetos exteriores (HAMILTON, 1998, p. 152):

Matéria, então, pode ser definida como a Possibilidade Permanente de Sensação. Se me perguntarem, se eu acredito em matéria, eu pergunto a quem me perguntou se ele aceita tal definição. Se ele aceitar, eu acredito em matéria; assim como todos os Berkleyanos. Em qualquer outro sentido que este, eu não acredito. Mas eu afirmo com confiança, que esta concepção de Matéria inclui todo o sentido ligado a ela pelo mundo comum, separado das teorias filosóficas, e às vezes teológicas. A confiança da humanidade na existência real e tangível de objetos significa confiança na realidade e permanência de Possibilidades de sensações visuais e táteis, quando nenhuma destas sensações é efetivamente experimentada (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 183).

A teoria psicológica parece especificar três processos: 1) expectativa gera a ideia de possibilidades de sensação; (2) por meio da associação de ideias, as possibilidades de sensação passam a ser vistas como “permanentes”; (3) a ideia perniciosa de uma “causa escondida” ou “substrato misterioso” é desenvolvida. O último destes processos implica em uma “teoria de erro”:

[Meus oponentes] esquecem que entrar em um quarto, estar dormindo ou acordado, são expressões que possuem significado na Teoria Psicológica tanto quanto na deles; que cada asserção que pode ser feita sobre o mundo externo, que significa qualquer coisa na teoria Realista, também possui um sentido paralelo na Psicológica. [A última] forma um quadro tão vasto e cheio de matizes do universo quanto pode ser tido na outra teoria; de fato, como mantenho, o mesmo exato quadro (...). (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 198)

Perceba-se que nesta passagem a Teoria Psicológica está sendo contrastada com a Realista, em vez de com a “introspectiva”, indicando uma nova direção de interesse. A teoria realista postula a substância como suporte do fenômeno, ou como uma ligação entre o

que seria de outra forma, fenômenos desconectados. Tal teoria não é declarada equivocada, mas sustentadora do “mesmo quadro” da teoria psicológica. Mill, neste sentido, era um filósofo “irênico” (ou eclético), que buscava harmonizar posições metafísicas aparentemente rivais. Assim, as ambivalências na visão de Mill resultariam de uma distinção coerente entre o “significado literal” de afirmações sobre o mundo exterior e o seu “conteúdo prático”. No *System of Logic*, Mill está cuidando de demarcar a lógica da metafísica. Apenas por isto que lá ele pode afirmar inequivocamente que “Um corpo, de acordo com a doutrina recebida pelos metafísicos modernos, pode ser definido como a causa externa a qual atribuímos nossas sensações” (*System of Logic*, VII, p.56). (HAMILTON, 1998, p. 154-55). Mill possui uma ontologia, todo caso: “sendo mostrado que para considerar a crença na Matéria, ou, em outras palavras, em um não-ego supostamente apresentado na ou junto da sensação, não é necessário nada além das sensações ou das possibilidades de sensações conectadas em grupos” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 204):

As Possibilidades Permanentes são externas a nós no único sentido em que precisamos nos preocupar com elas; elas não são construídas pela própria mente, mas meramente reconhecidas por ela, em linguagem Kantiana, elas nos são dadas, e a outros seres em comum conosco. (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 187)

## **8.4 A nossa mente e as mentes dos outros**

O fenomenalista é compelido a adotar a posição de que as mentes são construídas por sensações, e, portanto, deve buscar uma construção dual da matéria e da mente. No capítulo XII do *Examination* Mill argumenta quanto a esta construção, como é sugerido quando ele diz que se pode implicar um Eu da noção de expectativa, uma vez que “até este ponto não é o Eu, mas o Corpo, que eu venho empreendendo a traçar até as suas origens como uma noção adquirida” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 203). Ele nega que “a real externalidade, para nós, de qualquer coisa exceto outras mentes, seja capaz de prova”

(*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 187). Mill foi provavelmente um dos primeiros filósofos a propriamente reconhecer o problema da existência de outras mentes. (HAMILTON, 1998, p. 160).

Ele inicia perguntando se já temos na nossa consciência a concepção do Eu como uma existência permanente, ou se ele é formado subsequentemente:

[...] nosso conhecimento da mente, como da matéria, é inteiramente relativo (...) Não temos nenhuma concepção da Mente por si, como se fosse distinta das suas manifestações conscientes. Não sabemos nem podemos imaginar, exceto como representada pela sucessão de múltiplos sentimentos aos quais os metafísicos chamam pelo nome de Estados ou Modificações da Mente. (...) um algo permanente, contrastado com o fluxo perceptual das sensações e outros sentimentos ou estados mentais com os quais nos referimos a isto (...) A crença que eu cogito que minha mente existe quando não está sentindo, nem pensando, nem consciente da sua própria existência, resolve a si mesma na crença de uma Possibilidade Permanente destes estados (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 188-89).

Nós conhecemos a nós mesmos, Mill afirma, apenas como fenomenicamente aparece para nós - e nós sabemos de outros apenas pela inferência a partir do nosso próprio caso. Mill rejeita a “teoria comum da Mente, como uma assim chamada substância” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 206). Mas ele também resiste à redução total da mente à existência de sensações - ou mesmo à existência de sensações possíveis - sob o fundamento de que remanesce uma unidade para a percepção. Como ele aponta, uma redução de si a sensações não pode ser integralmente satisfatória, porque um sentido do si mesmo entre em muitas sensações como uma parte constituinte. Quando cada um de nós lembra de uma memória, por exemplo, a sensação é a de uma memória que tem uma parte do seu conteúdo que é “nossa memória”:

Se, portanto, falarmos da mente como uma série de sentimentos, estamos obrigados a complementar esta declaração chamando-a de uma série de sentimentos que é consciente de si como passado e

futuro; e se somos reduzidos à alternativa de acreditar que a Mente, ou, Ego, é algo diferente de qualquer série de sentimentos, possibilidade deles, ou de aceitar o paradoxo de que algo que *ex hypotesi* não passa de uma série de sentimentos, possa ser ciente de si como uma série (*Examination*, IX, p. 194).

Na superfície, a motivação de Mill em direção ao idealismo é epistêmica – que nós nunca experienciamos imediatamente objetos não mentais, e não podemos estar justificados em acreditar na sua existência. Mas o argumento é mais profundo, sugerindo que não podemos nem imaginar o que seria imaginar a existência de objetos não mentais. “Mesmo um objeto imaginário não é nada além de uma concepção, tal como somos hábeis a formar, de algo que afetaria os nossos sentidos” (*Examination of Sir William Hamilton’s Philosophy*, IX, p. 6). De fato, Mill às vezes sugere uma versão semântica do argumento, que estabeleceria que o próprio sentido das palavras – determinado, como é, pela experiência, nos obstrui de referir a qualquer coisa além da experiência (MACLEOD, 2018):

Seria, não há dúvidas, absurdo assumir que nossas palavras exaurem as possibilidades de Ser. Pode haver modos inumeráveis inacessíveis às nossas faculdades, e que conseqüentemente nós não conseguimos nomear. Mas não devemos falar destes modos de Ser por quaisquer dos nomes que nós possuímos. Estes são todos inaplicáveis, pois todos eles já representam modos de Ser. (*Examination of Sir William Hamilton’s Philosophy*, IX, p. 11).

Importa ao argumento de Mill sobre os limites da cognição humana que ele não depende do estado atual do conhecimento científico – ou de fato sobre quaisquer faculdades dos sentidos que possuímos. Mesmo se tivéssemos faculdades adicionais dos sentidos, ou pudéssemos vir a perceber de novas maneiras, ele aponta que todo o conhecimento ainda seria “meramente fenomenal” (*Examination of Sir William Hamilton’s Philosophy*, IX, p. 8). Cognição, em qualquer criatura senciente deve ser mediada por algum método de cognição – e mesmo se viéssemos a possuir novas formas de conhecer o mundo (MACLEOD, 2018). “nós não deveremos, em nenhuma medida mais do que a atual, saber como as coisas são nelas mesmas” (*Examination of Sir William Hamiltons Philosophy*, IX, p. 8):

As possibilidades de sensação são pretendidas como uma substituição insubstancial para o Deus de Berkeley. Elas “não são uma entidade positiva (...) elas não existem como sensações, mas como uma crença garantida; implicando constância no fenômeno, mas não uma substância espiritual onde fenômeno possa habitar enquanto ausente da minha própria mente” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX. p. 464).

A mente, ela mesma, não passa de “nada além de séries das nossas sensações, como elas efetivamente ocorrem, com a adição de infinitas possibilidades de sentir requerendo, para a sua efetiva realização, condições que podem ou não ocorrer, mas as quais como possibilidades estão sempre existindo, e muitas delas presentes”, “Minha noção de Mim (...) inclui todas as possibilidades de sensação (...) certificadas pela experiência ou não, que eu posso imaginar inserida em uma série dos meus estados próprios e conscientes”. E mais importante, estas séries estão “confinadas a mim mesmo”, e não são compartilhadas com outros. (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 189):

Eu concluo que outros seres humanos possuem sentimentos como eu, porque, primeiro, eles possuem corpos como eu, os quais eu sei, no meu próprio caso, serem as condições antecedentes para sentimentos; e porque, em segundo lugar, eles exibem os atos, e outros sinais extrovertidos, que no meu próprio caso eu sei por experiência serem causados por sentimentos. Estou consciente em mim mesmo de uma série de fatos conectados por uma sequência uniforme, os quais inicialmente são modificações do meu corpo, intermediariamente são sentimentos, e finalmente são comportamentos exteriores. No caso de outros seres humanos, eu tenho a evidência dos meus sentidos para a primeira e a última ligação desta série, mas não da ligação intermediária. Encontro, todavia, que a sequência entre o primeiro e o último é tão regular em outros casos quanto no meu próprio (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 191).

Nos cânones da sua própria lógica indutiva, todavia, essa não é uma inferência melhor do que aquela em relação à matéria. O comentador Hamilton aponta que ele ignora esta situação, pois



lhe é essencial legitimizar a crença em outras mentes (HAMILTON, 1998, p. 162):

O fio condutor da consciência que compõe a vida fenomenal da mente consiste não apenas em sensações presentes, mas, da mesma forma, em parte, de memórias e expectativas (...). Nelas próprias [estes] são sentimentos presentes (...). Mas eles são assistidos com a peculiaridade, de que cada um deles envolve uma crença em mais do que a sua própria existência presente (...) [uma crença] que eu próprio já tive. Ou que eu próprio, e não outro, deveria ter, a sensação lembrada ou esperada. (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, pp. 193-94).

### **8.5 A inexplicabilidade final do “Eu”**

Portanto, se a mente é uma série de sentimentos, ela é uma série que é “consciente de si como passado e futuro”. Isto envolve o “paradoxo” de como algo que é uma série de sentimentos pode ser consciente de si como uma série de sentimentos. (HAMILTON, 1998, p. 163):

[...] aqui estamos cara a cara com aquela inexplicabilidade final, a qual, como Sir W. Hamilton observa, nós inevitavelmente chegamos quando chegamos a fatos definitivos (...) o verdadeiro tropeço talvez não esteja em qualquer teoria do fato, mas no próprio fato. A verdadeira incompreensibilidade talvez seja, de que algo que deixou de existir, ou não existe ainda, ainda pode ser, de maneira presente: que uma série de sentimentos, a parte infinitamente maior que está no passado ou no futuro, possa ser reunida, como se fosse em uma concepção presente individual, acompanhada por uma crença de realidade. Eu acredito, que a coisa mais sábia que podemos fazer, é aceitar o fato inexplicável, sem nenhuma teoria sobre como isto acontece (...) (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 194).

Mill afirma, apesar das críticas que recebeu pela posição supramencionada, que ainda não está compelido a aceitar “a teoria comum da Mente, dita como Substância” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, p. 207), mas tal como aponta o comentador Hamilton, ele está próximo de fazê-lo, ao advogar por

uma perspectiva não redutiva, no sentido de que a concepção do Eu não é meramente uma série de sensações atadas juntas por um processo de associação, há um “verdadeiro laço” entre a memória-impressão presente e a sensação original, que é uma “cópia ou representação”:

[...] o laço inexplicável (...) que conecta a consciência presente com a passada, a qual dela me lembra, é tão próximo quanto aquilo que eu acho que podemos chegar a uma concepção positiva do Eu. Que há algo real neste laço, real como as sensações elas próprias, e não um mero produto das leis do pensamento sem um fato correspondente a elas, eu sustento ser indubitável. Eu atribuo uma realidade ao Ego – à minha própria Mente – diferente daquela existência real como uma Possibilidade Permanente, que é única realidade que eu reconheço na Matéria: e por uma inferência experimental adequada, eu atribuo a mesma realidade a outros Egos ou Mentes (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 207-8).

Assim, Matéria tem uma “existência real” como possibilidade permanente, mas como esta é a “única realidade” que Mill reconhece na matéria, é claramente um tipo inferior de “existência real” em comparação com a que ele postula para a mente. Ainda assim, afirma que “a Mente só é conhecível para si própria fenomenicamente, como a série de sentimentos da consciência” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 208)” (HAMILTON, 1998, p. 156). Mill admite, assim, que a memória constitui “conhecimento intuitivo”: “a distinção é, que como todas as explicações dos fenômenos mentais pressupõem a Memória, a Memória ela própria não pode ser explicada. Quando quer que isto seja mostrado verdadeiro em qualquer outra parte do nosso conhecimento, eu admitirei esta parte como intuitiva” (*Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, IX, p. 165n). Processos associativos requerem a lembrança de estados de consciência passados; de outro modo, não haveria um mecanismo pelo qual os hábitos da mente seriam gerados. Isto, para o associacionismo, tem de ser uma tendência primitiva inexplicada. Mill, assim, considera a memória como uma segunda fonte de “conhecimento intuitivo”, em adição à “consciência presente” (HAMILTON, 1998, p. 167).

Mill está buscando algum princípio da unidade da consciência. Nas suas notas à *Analysis of the Human Mind*, de James Mill, ele escreve que “a noção da consciência do Eu é (...) uma consequência da Memória” (*Notes to the Analysis of the Human Mind*, XXXI, p. 138), “um ser, dotado de sensações, mas desprovido de memória” (*Notes to the Analysis of the Human Mind*, XXXI, p. 213) não a teria. Ainda que a noção de um ego não seja adquirida simplesmente de acordo com as leis de associação, mas requeira a memória como um modo de conhecimento intuitivo, é ainda assim, uma noção adquirida, e não inata. Ele não vê “razões para acreditar que haja qualquer conhecimento de um Ego até que a Memória comece” (*Examination of Sir William Hamilton’s Philosophy*, p. 207).

Nenhuma explicação filosófica mais, sobre o eu, é possível. O eu é uma condição para o conhecimento, e não um objeto do conhecimento. O comentador Capaldi pergunta: isso refletiria um insucesso por parte de Mill? Pode ser um insucesso de duas maneiras: se alguém insistir que tudo é, em princípio, conceituável, e que a explicação deve, portanto, referir a outros fatos sobre o mundo natural. Em outras palavras, é um insucesso se alguém subscrever a uma metafísica naturalista. Pode também ser um insucesso se alguém acredita que podemos oferecer uma prova transcendental da existência e da natureza do Eu, tal qual um idealista. Mill não é nenhum desses, e ele acredita que ambas as abordagens estão erradas, porque elas resolvem a si próprias por uma forma de inferência não licenciada pela prática ordinária. (CAPALDI, 2017, p. 231). Dado que a existência do “Eu” não pode ser explicável ou redutível a um objeto ou uma série de objetos, a “vontade” pareceria uma propriedade inerente de tal “Eu”. É isso que o *Examination* adiciona sobre a discussão do *System of Logic*. A “vontade” teria de ser um fato definitivo e inexplicável. Mill nega que exista qualquer “compulsão misteriosa” (*Examination of Sir William Hamilton’s Philosophy*, IX, p. 467). Não há um argumento positivo que prove que a vontade é livre. Qualquer argumento teria de tomar forma em uma indução causal, – afinal como se mostra que algo é incausado? – ou uma dedução transcendental, que Mill considera uma inferência ilegítima (CAPALDI, 2017, p. 231).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste capítulo, busquei mapear a teoria do conhecimento de John Stuart Mill nas seguintes áreas: teoria das nomeações; métodos das ciências indutivas; fundamentos epistemológicos da matemática, geometria e lógica; método para as ciências sociais; a distinção entre ciências e artes e; por fim, a sua fenomenologia e as tensões que ela gera para a postulação de uma “vontade livre”. Nesta moldura, o que seria a Liberdade de que Mill tanto fala? O argumento que pretendo defender na continuidade deste trabalho é que a justificação epistemológica da liberdade, em Stuart Mill, se funda sobre uma teoria da linguagem que postula um movimento permanente de nomeação das coisas, a partir de uma percepção do mundo que se transforma conforme o cultivo das sensibilidades revela ou e cria novos aspectos da realidade perceptível, em um processo infinito. Trata-se de uma teoria da liberdade que combina aspectos imanentistas, fenomenológicos, empiristas e românticos: a liberdade é a indeterminação do desejo e da ação. Tal indeterminação não significaria infinitas possibilidades de afastar a consciência da causalidade, como seria em Kant, mas, dada a distância entre a mente e o mundo, na impossibilidade de exaurir a percepção dos aspectos da realidade. Em um mundo apercebido por uma mente em constante transformação, sempre haverá novos conteúdos “indizíveis” a serem desbravados pela mente. O desenvolvimento desta tese, contudo, será assunto para próximos capítulos.

## REFERÊNCIAS

- BALL, Terence. Psychology, Associationism, and Ethology. In: **A Companion to Mill**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2017.
- BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**. Endimburgh: William Tait, 1843. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/1920>>.
- BEROFSKY, Bernard. In Defense of Mill’s Theory of Free Will. In: LOIZIDES, Antis (Ed.). **Mill’s A System of Logic: Critical Appraisals**. New york: Routledge, 2014. p. 272.
- CAPALDI, Nicholas. **John Stuart Mill: A Biography**. Cambridge: The Cambridge University Press, 2004.

- CAPALDI, Nicholas. Mill on Metaphysics. In: MACLEOD, Christopher (Ed.). **A Companion to Mill**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2017.
- DALAQUA, Gustavo Hessmann. **O desenvolvimento do eu em J. S. Mill**. 2015. Universidade Federal do Paraná, [s. l.], 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/37295>>. Acesso em: 5 maio. 2018.
- DANCY, Jonathan.; SOSA, Ernest.; STEUP, Matthias. **A companion to epistemology**. [s.l.]: Wiley-Blackwell, 2010.
- EDMUNDSON, William. **Uma Introdução aos Direitos**. 1a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ELIA, Silvio. Romantismo e Linguística. In: GUINSBURG, Jacó; (Ed.). **O Romantismo**. São Paulo: Perspectiva, 1973.
- FLETCHER, Guy. Mill's Art of Life. In: MACLEOD, Christopher (Ed.). **A Companion to Mill**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2017.
- GRUEN, Lori. The Moral Status of Animals. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2017.
- HALLIDAY, R. J. (Richard John). **John Stuart Mill**. [s.l.]: Routledge, 2004.
- HAMILTON, Andy. Mill, Phenomenalism, and the self. In: SKORUPSKI, John (Ed.). **The Cambridge Companion to: Mill**. Cambridge; New York; Melbourne: The Cambridge University Press, 1998.
- KITCHER, Philip. Mill, mathematics, and the naturalist tradition. In: SKORUPSKI, John (Ed.). **The Cambridge Companion to Mill**. Cambridge; New York; Melbourne.
- MACAULAY, T. **Mill's Essay on Government: Utilitarian Logic and Politics**. [s.l.] : Lively and Rees, 1978.
- MACLEOD, Christopher. John Stuart Mill. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018.
- MASSELLA, Alexandre Braga. Introdução. In: **A lógica das ciências morais**. São Paulo: Iluminuras, 1999. p. 9-22.
- MILL, James. **Essays on the Formation of Human Character**. [s.l.]: Philanthropist, 1813.
- MILL, James. **An Essay On Government**. [s.l.]: Lively and Rees, 1978.
- MILL, James. **James Mill: Political Writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

- MILL, John Stuart. **Collected Works of John Stuart Mill**. Ed. J.M. Robson. Toronto; London: University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, 1963-1991. 33 vols.
- PAPINEAU, David. Naturalism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2016.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario; STORNILO, Ivo. **História da filosofia: do romantismo ao empiriocriticismo**. 2a ed. ed. São Paulo: Paulus, 2005.
- RYAN, Alan. A System of Logic and the “Art of Life”. In: LOIZIDES, Antis (Ed.). **Mill’s A System of Logic: Critical Appraisals**. New York. p. 272.
- SCARRE, Geoffrey. Induction and the scientific method. In: SKORUPSKI, John (Ed.). **The Cambridge Companion to: Mill**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 112–137.
- SKORUPSKI, John. Mill, John Stuart (1806-73). In: DANCY, JONATHAN; SOSA, ERNEST; STEUP, Matthias (Ed.). **A Companion to Epistemology**. 2nd. ed. [s.l.] : Blackwell Publishing, 1993. p. 525-527.
- SKORUPSKI, John. Introduction: the fortunes of liberal naturalism. In: SKORUPSKI, John (Ed.). **The Cambridge Companion to: Mill to Mill**. Cambridge; New York; Melbourne: Cambridge University Press, 1998. a. p. 1-34.
- SKORUPSKI, John. Mill on Language and Logic. In: SKORUPSKI, John (Ed.). **The Cambridge Companion to: Mill**. Cambridge: The Cambridge University Press, 1998. b. p. 35-56.
- SKORUPSKI, John. **The Cambridge Companion to Mill**. Cambridge; New York; Melbourne: Cambridge University Press, 1998. c.
- SKORUPSKI, John. Mill, German Idealism, and the Analytic/Continental Divide. In: MACLEOD, Christopher (Ed.). **A Companion to Mill**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2017.
- THORNBLY, Anthony. Liberty and Self-Development: Goethe and John Stuart Mill. **Neohelicon**, [s. l.], v. 3-4, 1973.
- WILSON, Fred. Mill on psychology and the moral sciences. In: SKORUPSKI, John (Ed.). **The Cambridge Companion to Mill**. Cambridge; New York; Melbourne: The Cambridge University Press, 1998. p. 203-258.

## A RETÓRICA DA METÁFORA DOS MODELOS NA TEORIA DO DIREITO\*

*Pedro Parini\*\**

### INTRODUÇÃO

O presente texto, partindo de uma perspectiva retórica, objetiva indagar sobre a pertinência de se estabelecer, mais do que simples cânones interpretativos, paradigmas epistemológicos hermenêuticos e/ou argumentativos que legitimem o trabalho de produção do direito, em especial no que se costuma chamar de “aplicação normativa”. Pretende-se avaliar em que medida o problema metodológico de manipulação do direito está atrelado a uma epistemologia ou a uma retórica, ou ainda a uma possível, mas improvável, epistemologia retórica.

Nesse sentido, propõe-se o esboço de uma crítica à concepção cientificista da teoria do direito que parece não desistir da idéia de que a legitimação da atividade jurídica de aplicação normativa depende do estatuto epistemológico das teorias que, além de despreverem-na, teimam em prescrever regras para o seu correto funcionamento. Essa crítica não se aplica apenas às perspectivas positivistas da teoria jurídica, mas também às concepções pós-positivistas que, mesmo ao procurarem superar as limitações

---

\* Versão estendida de artigo publicado na Revista Sequência (UFSC), n. 67, pp. 81-110, Dez. 2013. Doi: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p81>>.

\*\* Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE e do Programa de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito e Persuasão e do Grupo de Pesquisa Retórica, Hermenêutica e Direito. Pós-doutorado pela Università di Bologna, Itália, com duração de 12 meses e financiamento pela CAPES. Doutor (2013), mestre (2007) e bacharel (2004) em Direito pela UFPE.

metodológicas do positivismo lógico da primeira metade do século XX, ainda consideram pertinente a noção de epistemologia na teoria do direito, ainda que a partir de novos paradigmas, como o hermenêutico e o argumentativo.

A tradicional concepção epistemológica do direito encara, de um lado, as teorias como modelos descritivos de uma realidade que *é* ou que *existe*, e, de outro lado, enquanto modelos prescritivos que procuram impor ao jurista prático uma metodologia de abordagem dos problemas jurídicos a partir de uma realidade que *deve ser*. Reticamente, a elaboração de teorias desse tipo pode ser compreendida a partir de uma concepção metafórica da estrutura dos modelos teóricos e de seu papel enquanto teoria, ora figurando como expedientes meramente descritivos *da* realidade, ora como constitutivos *de uma* realidade (contingente dentre outras possíveis) do direito.

A filosofia retórica (ADEODATO, 2014), destarte, parte do pressuposto de que esses modelos nada têm de descritivos, pois as linguagens que as teorias estabelecem estão mais para um fenômeno de criação de uma nova realidade do que uma explicação de algo objetivo que existe em si. Uma perspectiva retórica com essa, portanto, entende que os modelos teóricos se assemelham a metáforas que dependem em menor medida do poder explicativo da teoria do que da capacidade de redescrição poética decorrente do que se chama de “imaginação científica” (RICOEUR, 2005, p. 366).

A teoria dogmática do direito moderno costuma entender o momento de aplicação normativa como uma etapa necessariamente posterior à de elaboração das normas. Isso representaria, em verdade, uma garantia de racionalidade mínima na produção do direito, que inclui, além da criação do direito com o estabelecimento de normas, a solução de conflitos e a tomada de decisões. Assim como a criação do direito deve ser guiada por regras tidas como racionais, a aplicação, da mesma forma, deveria seguir um método adequado para que pudesse ser considerada legítima.

Na modernidade jurídica, pois, tudo que não é racional, ou que não se justifica racionalmente, é tratado como arbitrário. Dessa exigência de racionalidade, origina-se a necessidade de se estabelecer teoricamente postulados científicos da produção do direito que a satisfaçam. Em razão disso é que direito passa a ser identificado com norma, ou ordenamento jurídico, ou fato



juridicamente determinado e assim por diante. A noção de estrutura lógica da norma jurídica, ou as características sistêmicas de unidade, coerência e completude, inerentes à idéia de ordenamento, são exemplos típicos de construções teóricas de modelos desenvolvidos no contexto de afirmação e determinação da epistemologia jurídica positivista. Ou seja, para essa perspectiva, o direito, ou melhor, a manipulação do direito seria legítima na medida em que essa operação racional se fundamentasse epistemologicamente por meio de arquétipos.

Pretende-se, portanto, compreender em que medida a produção de modelos teóricos do direito se assemelha ao processo criativo e interacional das metáforas. Longe de serem literais, os enunciados teóricos da “ciência” jurídica revelam mais a capacidade criativa e intuitiva do teórico do que propriamente uma relação de correspondência com a realidade do direito. Além disso, o arsenal linguístico das teorias jurídicas parece empregar metaforicamente tanto os termos lógicos de um vocabulário instrumental formal, quanto os termos observacionais de um vocabulário de referência à realidade observável, resultando em uma retórica que produz um vocabulário teórico constitutivo de entidades, propriedades e relações que já não são mais diretamente observáveis.

## **1 RETÓRICA, HERMENÊUTICA E EPISTEMOLOGIA NA TEORIA DO DIREITO**

O primeiro ponto de partida para a análise crítica aqui proposta são as discussões relativamente recentes sobre teoria do direito realizadas por Paul Ricoeur. Mesmo não sendo o direito o seu principal objeto de investigação – pois antes de se interessar propriamente por problemas da teoria jurídica, são questões da psicologia, da teologia, da história, da hermenêutica e da teoria da linguagem os principais temas de suas obras – o olhar crítico e, de certa forma, externo sobre o que fazem os juristas parece algo relevante.

De tempos em tempos, é importante, para a teoria do direito, saber o que pensam os teóricos não-juristas sobre o que os juristas pensam. Principalmente no caso em que os juristas abandonam a “ciência do direito” em sentido estrito em busca de novos horizontes e novos paradigmas, seja na filosofia, na história, na sociologia etc.

Certamente a crítica externa de Ricoeur representa um movimento de retorno às origens dos fundamentos teóricos da própria tradição da teoria hermenêutica do direito, pois as bases epistemológicas das teorias da interpretação do direito estão fora da teoria do direito tomada em sentido estrito. Ricoeur, pois, é um representante dessa corrente filosófico-hermenêutica que procura entender como os juristas absorveram uma tradição não-jurídica e de que forma aplicaram-na aos problemas propriamente jurídicos. Além disso, a importância de Ricoeur para esse trabalho está no fato de que representa uma aproximação entre duas tradições atualmente bem distintas, a hermenêutica e a retórica. Desde a nova hermenêutica de Schleiermacher e Dilthey até a filosofia hermenêutica de Heidegger e Gadamer que a noção de interpretação está associada ao problema epistemológico e ontológico da verdade. Ricoeur não é infiel a essa tradição, se preocupa com o tema da verdade, mas, em certa medida, trilha seu próprio caminho. Ou melhor, Ricoeur é responsável por apontar os vários pontos de convergência entre uma atitude retórica (limitada ao âmbito da verossimilhança) e uma preocupação hermenêutica na filosofia (ainda envolvida com o problema da verdade). De acordo com seu ponto de vista, uma teoria da metáfora, tipicamente retórica, por exemplo, torna-se essencial à tarefa de reconstrução de significados da hermenêutica. Superfície e profundidade, mito e verdade, imagem e realidade seriam assim contemporaneamente problemas retóricos e hermenêuticos. Normalmente, na retórica, a verdade cede lugar à verossimilhança ao passo que o problema da determinação de verdades é concebido como um falso problema. Já no plano da hermenêutica as atitudes retóricas são vistas como pessimistas e pouco fecundas em termos filosóficos, restando-lhes a pecha de serem *somente* retórica, sem qualquer fundamento epistemológico, metodológico ou racional.

Mas a hermenêutica proposta por Ricoeur inclui, além de elementos da teoria psicológica das imagens e dos sentimentos, uma teoria semântica das metáforas. E isso significa precisamente que há para ele um valor cognitivo na linguagem figurada relativo à capacidade que as metáforas têm de transmitir informações que não podem ser traduzidas em uma linguagem literal mas que, ao mesmo tempo, garantem algum *insight* sobre a realidade (RICOEUR, 1978, p. 151). A noção de verdade metafórica se traduz na intenção realista

ligada ao poder de redescritção da linguagem poética, ou seja, na pretensão do enunciado metafórico de atingir a realidade (RICOEUR, 2005, p. 376).

O segundo ponto de vista para a presente crítica a esse desejo por epistemologia é o da retórica analítica do direito (BALLWEG, 1982, 1987, 1991a, 1991b). Isto é, parte-se de uma perspectiva ao mesmo tempo retórica e reflexiva do caráter intrinsecamente retórico (e figurado) da linguagem jurídica no que se chama de retórica material do direito, ou seja, o conjunto de textos normativos provenientes de inúmeros centros produtores que compõem o conteúdo de um determinado ordenamento jurídico – e do discurso jurídico em um maior nível de abstração ou, em outras palavras, da própria teoria dogmática do direito, o que se poderia chamar de retórica prática ou estratégica (ADEODATO, 2009, p. 37).

A retórica analítica pode ser vista como uma espécie de filosofia retórica ou retórica teórica que pretende se distanciar da retórica material, imunizando-se contra as armadilhas da linguagem natural – mas ao mesmo tempo reconhecendo a impossibilidade de neutralizá-las – e de todo seu caráter metafórico. Mas, ao passo em que procura transcender esse nível das relações humanas comunicacionais, está ciente de sua própria condição retórica. Ou seja, desde o início, o filósofo retórico tem consciência de que todo seu discurso teórico não passa de mais um modelo ou imagem repleta de metáforas sobre o que concebemos como realidade. Todo trabalho de retórica analítica ao mesmo tempo em que se pretende científico, puramente descritivo, axiologicamente neutro e dissociado das vicissitudes e contingências da simples empiria, reconhece que não faz nada além de elaborar mais uma narrativa, mais uma retórica que pode vir a ser objeto de uma nova retórica analítica, mais abstrata, mais reflexiva, mais teórica e, ainda assim, retórica. Se não fosse o caráter circular decorrente da consciência de sua retoricidade, a retórica analítica seria, na verdade, uma traição à própria retórica. Reconhecer-se como retórica, e não como epistemologia, é o que garante a sua coerência interna. Mas falar de exigência de coerência é já um problema epistemológico. Ou retórico ainda?

É possível falar em duas “coerências” ou em dois conceitos distintos de coerência? Acredito que sim. A coerência retórica, diferentemente da noção de coerência epistemológica, por exemplo,

da lógica clássica e do princípio da não-contradição, está ligada ao caráter persuasivo dos discursos. Portanto, em termos retóricos, coerência é algo temporário, circunstancial, contingente, estratégico e, acima de tudo, historicamente contextualizado. A coerência *em si* de uma teoria pouco importa ao pensador retórico: talvez ela simplesmente não exista. O que interessa é o sentimento, a percepção, a satisfação dos utentes ou participantes de um determinado discurso, situado em um determinado contexto, de que não há incoerência, pois que a coerência em abstrato talvez só faça sentido para a inteligência divina.

Por essas razões, o teórico retórico do direito não fala em teoria geral do direito, mas em retórica teórica do direito, rica em generalizações. No mesmo sentido, seria mais adequado falar em retórica penal, retórica constitucional, retórica processual, do que em dogmática penal, dogmática constitucional ou dogmática processual. Cada uma dessas retóricas com seus próprios *tópoi* específicos sem qualquer pretensão de universalização ou estabelecimento de postulados atemporais. A escolha do nome que se dá, contudo, é já outro problema retórico.

No entanto, tradicionalmente a atitude teórica é bem diversa. É preciso lembrar: sem postulados, enunciados ou proposições universais, não se pode fazer epistemologia, e sem epistemologia, não se pode falar em ciência do direito; direito sem ciência que o justifique epistemologicamente, indica ausência de racionalidade; e, sem racionalidade, só restaria para o jurista casuísmo e arbitrariedade. Dessa forma, a dogmática jurídica precisaria estabelecer pelo menos alguns postulados mínimos que garantissem uma base epistemológica para a produção racional do direito moderno. Esses postulados são em geral resumidos a dois constrangimentos: a inegabilidade dos pontos de partida e a obrigatoriedade de decidir<sup>1</sup>. Mas nada impede que, analiticamente, esses dois postulados possam vir a ser ampliados em novas exigências, como, em especial, o constrangimento de interpretar e de argumentar dogmaticamente (ADEODATO, 2009, p. 216).

Claro que pode ser arriscado pressupor que as exigências de

---

<sup>1</sup> Sobre a estrutura e a função do pensar dogmático no direito, ver VIEHWEG (1991, p. 101, 118, 146).

interpretação e argumentação já estejam contidas no postulado da inegabilidade dos pontos de partida. Na verdade, o que se percebe no desenvolvimento histórico da teoria jurídica é que esses dois momentos da produção normativa passam a ter relevância somente com o desenvolvimento de teorias hermenêuticas e argumentativas do direito, sobretudo no que se convencionou chamar de “guinada interpretativa” (JUST, 2006) do direito.

O que se pretende aqui, portanto, é avaliar retórica e criticamente algumas questões sobre o papel metodológico desempenhado por essas novas teorias jurídicas pós-positivistas que fazem parte da jurisprudência hermenêutica e que partem de um novo modelo de racionalidade para a produção do direito colocando a interpretação normativa no centro da própria atividade jurisdicional. As revoluções científicas que acarretam mudanças de paradigmas podem ser muito bem entendidas como revoluções metafóricas, enquanto as novas explicações teóricas podem ser vistas como redescobertas metafóricas de um mesmo fenômeno, ou seja, a metáfora nos permite ver o fenômeno de maneiras diferentes, investindo-o de diferentes significados (ARBIB; HESSE, 2008, p. 156).

Toda nova metodologia traz consigo novas exigências e novos paradigmas formais e materiais para a confecção de um modelo que se pretende mais autêntico em relação a uma ontologia jurídica. O paradigma hermenêutico concebe o direito como uma prática essencialmente interpretativa e que, para tanto, depende de um modelo que leve em consideração esse seu caráter fundamentalmente hermenêutico.

O desenvolvimento desse novo paradigma hermenêutico para as ciências sociais ou ciências do espírito tem origem no século XIX. Mas é somente na segunda metade do século XX que esse novo modo de pensar as ciências não-naturais passa a exercer influência determinante na teorização do direito. A discussão que começa na filosofia e chega à teoria do direito vai além dos limites de uma tecnologia de solução de conflitos sociais, passando por uma avaliação das bases epistemológicas da ciência do direito e chegando a uma ontologia na busca da própria essência hermenêutica do direito.

A interpretação do direito como arte ou técnica foi objeto da reflexão teórica dos juristas renascentistas. Na verdade, o problema da interpretação estava intrinsecamente ligado ao problema da

determinação do direito. A interpretação representava algo essencial ao processo de normatização do direito, especialmente no direito comum pré-moderno em que a lei não figurava ainda como principal fonte do direito (DEL FRATE, 2000, p. 7). Com o advento da modernidade e o surgimento de novos paradigmas científicos, o problema do conhecimento, ou dos fundamentos teóricos do conhecimento passa a ser algo central para a filosofia. Mas é apenas no século XIX que a hermenêutica passa a ter uma relevância teórica para a discussão epistemológica. Os filósofos passam a procurar na hermenêutica as bases epistemológicas para as ciências históricas (RICOEUR, 1977, p. 24), dentre elas o direito.

Mas o problema filosófico mais recente, mesmo sem dela se destacar, procura ultrapassar os limites da epistemologia, representando um retorno à ontologia. Há uma tendência entre os teóricos da hermenêutica de universalização do ponto de vista interpretativo no âmbito da produção de conhecimento. O primeiro passo significativo nessa direção corresponde à passagem das várias hermenêuticas regionais a uma hermenêutica geral. Isto é, ocorre um movimento de superação de uma concepção tecnicista da interpretação, em que hermenêutica deixa de ser um mero conjunto de cânones interpretativos que se diferenciam em cada âmbito de aplicação e passa a constituir um verdadeiro paradigma para as ciências do espírito como um todo. O segundo passo consiste em superar essa preocupação puramente epistemológica de conferir status científico a essas formas de saber e apresentar o compreender como uma forma de ser e não somente de conhecer (RICOEUR, 1977, p. 18, 29, 33).

Assim, a necessidade de se estabelecer uma metodologia própria das ciências do espírito no século XIX parte da necessidade anterior de legitimação epistemológica de uma forma de produção de conhecimento que não lida com dados objetivamente extraídos da natureza. Uma maneira de garantir as bases epistemológicas dessas “ciências não-físicas” seria justamente objetivá-las de alguma forma. A noção moderna de ciência passa obrigatoriamente pela necessidade de objetivação do conhecimento. O método é uma garantia de objetividade<sup>2</sup>. Na tentativa de se assegurar ao direito algum status

---

<sup>2</sup> O racionalismo moderno cartesiano encara as discrepâncias entre as inúmeras

epistemológico, qualquer incursão no âmbito da metodologia das ciências naturais é prematuramente percebida como um passo em direção ao fracasso. Um modelo autêntico de racionalidade só pode ser alcançado em uma ontologia que lhe seja própria, isto é, que corresponda a sua forma de ser ou de existir.

Obviamente o direito não é um fenômeno natural que pode ser captado no mundo de maneira absolutamente objetiva. Mas tampouco é um elemento artificial cuja existência é completamente contingente. Isto é, o direito é algo que não pode ser apreendido racionalmente em sentido estrito (isto é, no sentido de poder ser submetido a postulados inequívocos), ao mesmo tempo em que é possível desenvolver uma metodologia capaz de objetivá-lo, garantindo assim a sua parcial comunicabilidade.

O direito, portanto, é reconhecido como prática interpretativa que precisa se submeter a uma metodologia capaz de lidar com esse seu caráter propriamente hermenêutico.

A questão é que, epistemologicamente, o máximo que se pode obter de uma ciência jurídica é uma espécie de “crença”. Uma crença que se coloca entre “conhecimento” e “ilusão”. Crença indica “ponto de vista” que se relaciona com um processo de “adivinhação” que, por sua vez, se localiza entre “razão” e “imaginação”. A tese que se pretende defender aqui é que os modelos teóricos do direito são produzidos por um processo misto (racional e imagético) que se aproxima do processo de produção de metáforas.

## **2 O CARÁTER DISCURSIVO E INTERPRETATIVO DO DIREITO: APROXIMAÇÃO E DISTANCIAMENTO ENTRE O MODELO ARGUMENTATIVO E O MODELO INTERPRETATIVO DO DIREITO**

Recentemente, nas últimas quatro décadas, a teoria do direito, como mencionado, tem sido fortemente influenciada pelos novos paradigmas interpretativos da filosofia hermenêutica. De certa

---

opiniões sobre a realidade como simplesmente o emprego equivocado da razão. “A diversidade das nossas opiniões não provém do fato de uns serem mais racionais do que outros, mas tão-somente em razão de conduzirmos o nosso pensamento por diferentes caminhos e não considerarmos as mesmas coisas. Pois não basta ter o espírito bom: o essencial é aplicá-lo bem” (DESCARTES, 2004, p. 21).

forma, essa mudança de rumo da jurisprudência tem como pano de fundo o debate proposto pelas teorias chamadas pós-positivistas do direito. O formalismo e o estruturalismo adotados como modelo teórico das correntes positivistas pareceram insuficientes aos olhos desses juristas pós-positivistas e, assim, questões de conteúdo do direito passaram a ser novamente levadas a sério.

Ao lado dessa discussão material, os juristas pós-positivistas colocam também o problema metodológico da indeterminação do direito relativa ao momento da aplicação normativa. É justamente nesse contexto que ganham relevância uma teoria da argumentação e da interpretação do direito no papel de novos modelos teóricos de legitimação racional da tarefa de decidir, ora preocupadas em estabelecer postulados formais de argumentação ou interpretação, ora se imiscuindo em tentativas de definições de conteúdo do direito.

A questão é que, mesmo fazendo parte de um movimento crítico relativamente uniforme ao positivismo jurídico, as teorias pós-positivistas terminam enveredando por caminhos distintos, até mesmo antagônicos. Segundo Ricoeur, no âmbito da teoria do direito, argumentação e interpretação seriam supostamente operações rivais, apesar de tratadas nesse contexto de um debate unificado. Uma divergência desse tipo, porém, põe em cheque a coerência epistemológica do que ele chama de debate judiciário (RICOEUR, 2008, p. 153). Em sentido amplo, a interpretação normativa identifica-se com a noção de aplicação do direito, isto é, aplicação da norma ao caso concreto. Dado que uma tarefa desse tipo se caracteriza pela agonística típica do debate judiciário, a noção de argumentação parece ser fundamental para o momento da aplicação do direito e, portanto, da interpretação normativa, já que interpretação e aplicação não estão dissociadas no âmbito jurídico.

Ao colocar lado a lado interpretação e argumentação, pelo menos dois modelos distintos de construção teórica são possíveis. Em primeiro lugar, uma concepção antinômica da polaridade entre interpretação e argumentação, ou seja, a não identificação e conseqüentemente a exclusão mútua de ambas as perspectivas teóricas. Em segundo lugar, uma versão dialética dessa polaridade, em que a oposição de ideias se presta a um fim que as transcende.

Em geral, o que se pode constatar, segundo Ricoeur é que o tratamento do tema na teoria do direito parte normalmente da



concepção não-dialética dessa polaridade, pois os autores que tratam da interpretação do direito, ou do problema hermenêutico em sentido estrito, não se preocupam em confrontar o tema com o problema argumentativo. A mesma coisa parece acontecer entre os teóricos da argumentação jurídica, não sendo a interpretação reconhecida como componente original do discurso jurídico. Segundo Ricoeur, essa desvinculação entre os dois âmbitos (o interpretativo e o argumentativo) representa um indício de deficiência ou insuficiência teórica de ambos os lados. Uma abordagem suficientemente adequada do debate judiciário partiria necessariamente da visão dialética do problema, isto é, das relações entre interpretação e argumentação (RICOEUR, 2008, p. 154).

Para realizar uma tarefa desse tipo, Ricoeur parte da analogia entre o binômio interpretação/argumentação na esfera jurídica e a tradicional distinção epistemológico-hermenêutica entre compreensão/explicação no campo da teoria do texto, da teoria da ação e da teoria da história. A sua estratégia consiste em analisar os autores que se destacam no tratamento do problema interpretativo do direito em sentido estrito (Ronald Dworkin), para em seguida avaliar os problemas da teoria da argumentação jurídica (Robert Alexy e Manuel Atienza).

Como se sabe, a hermenêutica jurídica de Dworkin tem como ponto de partida imediato o conceito teórico dos “casos difíceis” (*hard cases*), que por sua vez são um reflexo direto da atividade prática dos juízes diante de casos concretos<sup>3</sup>. Uma teoria interpretativa desse tipo surge em razão da oposição direta ao positivismo jurídico e aos seus pressupostos (a necessidade de se considerar a intenção do legislador, a univocidade das disposições normativas e a discricionariedade do decisor diante de uma situação de ausência de critérios normativos para a solução do problema). Os argumentos contrários a esses axiomas desenvolvidos pelas teorias positivistas do direito são inúmeros e se coadunam na generalidade do problema hermenêutico da indeterminação de sentido textual e da independência do texto em relação a seu autor.

---

<sup>3</sup> Para Gustavo Just (2006), além de um “interpretativismo cultural geral” que acompanha a Pós-modernidade filosófica, o caráter interpretativo da prática jurídica, ou melhor, a tomada de consciência desse caráter interpretativo da experiência jurídica é um elemento fundamental para o desenvolvimento do interpretativismo na teoria do direito.

Não que os positivistas não tivessem consciência da indeterminação da linguagem jurídica e, por conseguinte, do texto normativo. Veja-se como exemplo a tese da textura aberta que Herbert Hart (2002, p. 150) toma emprestado<sup>4</sup> da filosofia da linguagem de Friedrich Waismann<sup>5</sup> para caracterizar a linguagem do direito, enquanto derivada da linguagem natural, como relativamente indeterminada em relação à experiência. Para Waismann, toda linguagem empírica é limitada no seu poder de descrição, pois todo enunciado empírico escapa a uma verificação absolutamente conclusiva. Nesse sentido, tanto Hart quanto Waismann estão de acordo no que diz respeito à incerteza que decorre de situações ainda não vividas e tampouco previstas. Não é possível antever todas as circunstâncias futuras em que o conceito será submetido a uma verificação de seu valor de verdade (BIX, 2003, p. 11). Ou seja, os enunciados que descrevem o fenômeno real nunca alcançam uma definição satisfatória do objeto descrito. A tese de Waismann se aproxima do conceito extratificado dos planos do conhecimento de João Maurício Adeodato: a separação necessária e incontornável entre a ideia, o evento real e a linguagem que determina o chamado “abismo gnoseológico”<sup>6</sup>. Segundo Adeodato, a passagem de um nível a outro gera uma perda de significado em que a linguagem nem é capaz de descrever um evento real em todos os seus particulares, nem de traduzir uma idéia geral de maneira universal. O mesmo ocorreria na passagem do plano ideal para o empírico, e vice-versa, caso houvesse uma situação em que a intermediação proporcionada pela expressão linguística fosse dispensável.

Não se pode esquecer o paradigma do positivismo jurídico,

---

<sup>4</sup> Para uma polêmica entre o conceito de textura aberta da linguagem entre Hart e Waismann veja-se a análise de Brian Bix (2003, p. 7-35).

<sup>5</sup> Waismann não tem, diferentemente em relação a Hart, uma preocupação direta com o direito. A adaptação da teoria depende da liberdade com que Hart manipula o conceito. Nada obstante, podemos encontrar em Waismann uma análise filosófico-linguística da estrutura e da função do conceito de regra partindo da descrição de um exemplo prático tirado das regras do jogo de xadrez (WAISMANN, 1985, p. 191-219).

<sup>6</sup> Adeodato desenvolve sua a tese a partir da noção irracionalidade do real em Nicolai Hartmann. Tudo o que é real é único, particular, individual e irrepetível, portanto, incapaz de ser generalizado. Aliás, a generalização do real é caracterizada justamente pela passagem de um nível do conhecimento para outro, o que implica o inexorável abismo gnoseológico (ADEODATO, 2009, p. 186-192).

ou melhor, a obra paradigmática da teoria juspositivista, a *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen. O famoso e lacônico capítulo oitavo da obra, que só aparece em sua segunda e tardia edição, sobre a interpretação do direito, chega a uma conclusão semelhante sobre a indeterminação da linguagem das normas e, portanto, da falta de segurança epistemológica a respeito do caráter cognitivo do ato de decisão judicial<sup>7</sup>. Segundo Kelsen, não há um método qualquer de direito positivo que seja capaz de determinar um caminho correto para a interpretação das normas<sup>8</sup>, pois “não é da ciência positiva normatizar a semântica da linguagem natural” (CASTRO JR., 2009, p. 76). A “relativa indeterminação do ato de aplicação do direito” é uma decorrência direta da pluralidade de significações da expressão verbal da norma, cujo sentido não é unívoco. Além dos casos de indeterminação intencional, quando o legislador (ou autor da norma) deixa conscientemente uma margem de livre apreciação para o aplicador da norma, há os casos em que o órgão aplicador se vê diante várias significações possíveis para um mesmo texto normativo (KELSEN, 1987, p. 364-365). De qualquer forma, Kelsen permanece um positivista na medida em que, ao mesmo tempo em que concebe o direito positivo como o único direito existente (isto é, direito em sentido literal), defende a pureza epistemológica, senão do direito, certamente de sua ciência. Hart e Adeodato são ainda positivistas, não pela mesma razão, mas porque entendem o direito como um fenômeno empírico, mesmo que a sua ciência (no caso de Adeodato) não passe de uma retórica estratégica.

No caso da teoria hermenêutica do direito de Dworkin e das teorias da argumentação jurídica tanto de Alexy como de Atienza, se

---

<sup>7</sup> É curioso que o ceticismo do realismo interpretativo tenha se identificado, mesmo que embrionariamente, com a tese sobre a interpretação da *Teoria pura do direito*. A teoria realista da interpretação jurídica parte simplesmente da observação da prática interpretativa e do fato de que os textos normativos são de fato interpretados de diferentes e variados modos (em boa parte dos casos, de modos divergentes). Cf. GUASTINI, 2001, p. 43.

<sup>8</sup> A famosa tese da moldura não representa de forma alguma uma teoria hermenêutica para o direito. Mas não parece ser mesmo esse o objetivo de Kelsen na *Teoria pura do direito*, pois que afirma expressamente que “não há qualquer método – capaz de ser classificado como de direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta” (KELSEN, 1987, p. 367).

comparadas às teorias retóricas, o que temos é uma situação de maior otimismo em relação às dificuldades do jurista diante das situações de indeterminação do direito. Se por um lado o direito, ou a sua linguagem, ou ainda o discurso jurídico, são indeterminados em virtude de uma infinidade de razões, ainda assim deve subsistir no jurista teórico um ideal de racionalidade que, se não está na analiticidade do método, nem na linearidade do conhecimento, nem tampouco na dedutibilidade da inferência lógica do processo de subsunção normativa, deve ser buscado em outras esferas, como, por exemplo, na lógica informal do discurso, na razão prática da moral, ou mesmo na teoria literária que deverão atuar como modelos para a construção teórica do direito.

O problema propriamente jurídico-epistemológico, em sentido técnico e também ético, refere-se à necessidade de vinculação da decisão judicial à norma jurídica previamente estabelecida. É o problema da discricionariedade judicial em oposição à arbitrariedade das decisões injustificadas (o que Ricoeur chama de “papel tapa-buraco” do juiz). O postulado teórico – comumente vislumbrado na hermenêutica jurídica de Dworkin – da necessidade de se alcançar em todo e qualquer caso jurídico uma resposta não pode escapar à indagação sobre a irracionalidade da arbitrariedade no caso em que há inversão de papéis e o juiz se transforma em legislador (RICOEUR, 2008, p. 156).

A saída para o problema da arbitrariedade iminente da decisão proposta por Dworkin está na hermenêutica literária (DWORKIN, 2001, p. 221), em especial, na estética do modelo do texto narrativo. A interpretação de obras literárias, segundo essa tese, não teria o objetivo de descobrir a melhor interpretação de uma obra, mas deveria fazer com que a obra fosse interpretada como a melhor obra de arte possível a partir daquele texto. Aqui, inspirado por essa tese de Dworkin, Ricoeur recorre novamente a mais uma analogia, dessa vez entre direito e crítica literária. Se na crítica literária há uma oposição entre “sentido imanente ao texto” e “intenção do autor”, na teoria do direito pode-se referir a disjunção entre “sentido da lei” e “instância da decisão”. A interpretação, assim, é concebida como reconstrução do sentido do texto (RICOEUR, 2008, p. 157).

A concepção dialética mencionada no início do texto por Ricoeur aparece mais uma vez, mas agora como modo hermenêutico

de abordagem do problema interpretativo.

Aliás, o recurso à dialética não é algo recente no pensamento de Ricoeur e tampouco restrito à compreensão do fenômeno jurídico. A dialética entre evento e sentido contextualizada no processo de estruturação da linguagem como discurso indica que o que deve ser compreendido hermeneuticamente não é o próprio evento (isto é o discurso constituído), mas a sua significação (RICOEUR, 1977, p. 46-47).

Ricoeur fala nas relações de interpretação recíproca entre *parte* e *todo* de uma obra, um velho problema filosófico que reaparece no âmbito da investigação hermenêutica. De fato, o recurso à dialética propicia a superação da dicotomia entre *demonstrabilidade* e *arbitrariedade* como alternativas que se excluem mutuamente. Dworkin sem dúvida se opõe radicalmente à tese da demonstrabilidade típica de algumas das teorias juspositivistas – especialmente as legalistas – em que a decisão é um caso de inferência lógica e, portanto, cogente e necessária. No entanto, a crítica de Ricoeur a Dworkin se refere ao exagero na oposição à demonstrabilidade que culmina no desprezo de uma teoria da argumentação.

As teorias da argumentação contemporâneas pouco têm da antiga teoria da argumentação, ou seja, a retórica. O ideal de racionalidade almejado pelos teóricos contemporâneos nunca esteve presente na retórica clássica. Por mais que retórica e dialética se aproximassem no que refere as suas estruturas formais, ainda assim trata-se de diferentes artes, com âmbitos de aplicação distintos. A dialética em Aristóteles vale-se da argumentação, mas com o objetivo de demonstração silogística da verdade<sup>9</sup>. Na retórica, como mencionado, a verossimilhança basta aos fins do discurso. O que se faz atualmente em teoria da argumentação, com o estabelecimento de procedimentos e formalização dos argumentos, é justamente um incremento da dialética e não uma continuação da retórica.

A argumentação jurídica é atualmente considerada um caso especial da discussão prática (ALEXY, 1997, p. 34, 38, 205-212). Para Ricoeur, isso representa uma aproximação dos conceitos de

---

<sup>9</sup> Sobre as relações entre dialética e verdade na filosofia antiga, veja-se GADAMER, 2007, p. 11-49.

fundamentação e justificação em relação à noção de interpretação. O plano do discurso prático normativo se caracteriza na medida em que “prático” representa o campo das interações humanas e “normativo”, a pretensão à correção – *Richtigkeit* em alemão, ou *rectitude* em espanhol, ou ainda, *correctness* em inglês (RICOEUR, 2008, p. 161). Por outro lado, o conceito de discurso denota o formalismo da argumentação. Em Habermas a ideia de “correção” corresponde à pretensão criada pela inteligibilidade (comunicabilidade universalizável) de um bom argumento que idealmente seja não só entendido, considerado plausível, mas também aceitável por todas as partes envolvidas (tese do acordo potencial). Tudo isso com o objetivo de se atingir um consenso universal em uma comunidade sem limites nem coerções (HABERMAS, 2004, p. 107-108, 118-121).

Assim, uma pragmática universal do discurso se define por três elementos: primeiramente, pelo seu tom normativo, em segundo lugar pela oposição à argumentação estratégica e, por fim, na contraposição entre sucesso e correção. O caráter contrafactual da noção de correção é responsável pela legitimação de seu estatuto transcendental, isto é, de uma tarefa sem fim (HABERMAS, 1996, p. 9-16). Segundo Ricoeur, “a universalização possível de argumento é aquilo que constitui a sua correção”. Claro que o conceito de universalização não é unívoco entre os filósofos. Há uma diferença substancial entre a noção de diálogo que se caracteriza pela intersubjetividade em Habermas e a universalização decorrente de um “monólogo interior” em Kant.

De acordo com uma teoria da pragmática universal (ética da discussão), a noção de correção se funda no procedimento que compreende: 1) regras para a entrada no discurso (tomada da palavra), como, por exemplo, a regra que estabelece que todos têm igual direito de intervir, pois a ninguém é vedada a palavra; 2) regras que acompanham todo o discurso, por exemplo, a regra geral da justificação que dispõe que cada um deve aceitar o pedido que lhe façam de apresentar razões ou de justificar a sua recusa; e até, 3) regras para a saída da discussão, como, por exemplo, a imposição de que cada um deve aceitar as consequências de uma decisão desde que as necessidades de cada um estejam satisfeitas. Com relação a esse último grupo de regras, pode-se falar em uma articulação entre o formal e o substancial decorrente do recurso às noções de

necessidade ou interesse. Ricoeur afirma que nesse momento uma interpretação se insere na discussão, pois necessidade e interesses dependem da compreensão e da apreciação. No plano da comunicabilidade pressupõe-se a compreensão compartilhada e a discutibilidade em que as condições de aceitabilidade a que se submete uma decisão tomada num âmbito discursivo limitado (“auditório universal” de Perelman). Segundo Ricoeur, na verdade, há uma série de auditórios envolvidos no discurso e preocupados de modos concretamente diferentes com a pretensão de correção (RICOEUR, 2008, p. 162-163).

Na teoria da argumentação jurídica, Alexy introduz a noção de interpretação com as regras que governam a interpretação das necessidades próprias ou alheias como generalizáveis ou não. Neste momento surge uma oposição entre discurso prático geral e discurso jurídico (ALEXY, 1997, p. 311-312). As condições do discurso jurídico são peculiares em relação ao discurso geral. Ricoeur toma como paradigma do discurso jurídico o que se desenvolve na instância judiciária, isto é, no âmbito dos tribunais. Segundo ele, o discurso dos juízes é o que mais se distancia do discurso geral prático em razão de injunções que lhe são próprias. Em primeiro lugar, há um limite no que se refere às questões pertinentes ao âmbito do judiciário: apenas o que está codificado no processo está aberto ao debate. Em segundo lugar, os papéis dos participantes do discurso não são igualmente distribuídos (por exemplo, a participação do réu não é voluntária, pois é intimado a comparecer ao processo). Em terceiro lugar, a deliberação está também codificada e, portanto, submetida a regras processuais. Em quarto lugar, a deliberação ocorre em um tempo limitado. Em quinto lugar, o acordo não é o principal escopo do debate. E, por último, deve-se considerar a obrigação de julgar que é imposta ao juiz. Alexy sustenta que a pretensão à correção no discurso jurídico é a mesma que se impõe como horizonte no discurso prático geral (normativo). Em certos sistemas jurídicos essa pretensão se concretiza na obrigação de motivar as decisões:

Se a argumentação jurídica não tivesse como horizonte o discurso normativo geral que visasse à correção, nenhum sentido poderia ser dado à idéia de argumentar racionalmente. Portanto, se é preciso

impor novas injunções à teoria da discussão normativa, estas devem entrar em composição com as regras formais sem enfraquecerem de modo algum estas últimas (RICOEUR, 2008, p. 167).

É com relação à exigência de correção, portanto, que Alexy desenvolve a dicotomia entre justificação interna e justificação externa (ALEXY, 1997, p. 214-222). A justificação interna se refere à coerência lógica entre premissas e conclusão (argumentação como inferência). A coerência interna, portanto, está ligada à dedução, que no direito é representada pela subsunção da norma aos fatos. Ricoeur observa que o silogismo jurídico que tem como premissas a norma e o fato na verdade representam um caso de “ajuste” entre norma e fato: o fato se ajusta à norma, assim como a norma deve se ajustar também ao fato<sup>10</sup>:

A aplicação de uma regra é, na verdade, uma operação muito complexa na qual a interpretação dos fatos e a interpretação da norma se condicionam reciprocamente, antes de chegarem à qualificação por meio da qual se diz que determinado comportamento presumidamente delituoso incide sob determinada norma que se diz ter sido transgredida (RICOEUR, 2008, p. 168).

A subsunção, pois, é problemática na medida em que afirmar que a premissa menor (o fato) é um caso da premissa maior (a norma) parte já da presunção de que o silogismo jurídico vale. A teoria da argumentação não rompe com a noção silogística, mas tenta superá-la na medida em que propõe o encadeamento de argumentos que decompõem o silogismo.

Ricoeur questiona, contudo, se é possível, na subsunção, mesmo por graus decompostos, dispensar uma interpretação conjunta

---

<sup>10</sup> A indutividade do raciocínio jurídico põe em relevo esse caráter adaptativo das regras jurídicas. A cada nova decisão, isto é, ao passo em que cada novo caso é decidido, surge a necessidade de reclassificação das normas aplicadas. “As normas se modificam ao serem aplicadas” (HUNTER, 1998, p. 374). A norma, enquanto conceito ideal, portanto, não se mantém incólume aos fatos. Na medida em que uma norma é aplicada a diversos fatos concretos, o seu próprio significado se modifica. É o que se consolida em um contínuo processo de inferência indutiva. O silogismo, portanto, não se aplicaria ao raciocínio jurídico, dado que a premissa maior é moldada pela premissa menor; pois o fato determina a norma.



de normas e fatos por ajuste recíproco. Ele responde dizendo que:

[...] pessoalmente, eu diria que a interpretação se tornou o órgão da inferência. (...) Nesse sentido, a interpretação não é exterior à argumentação: constitui o seu órgão. Mesmo a idéia de casos semelhantes assenta na interpretação de uma analogia; é assim que se deve sempre interpretar ao mesmo tempo a norma como aquilo que cobre, e o caso, como aquilo que é coberto, para que funcione o silogismo jurídico que, doravante, não difere em nada do silogismo prático geral (RICOEUR, 2008, p. 168).

A teoria da argumentação jurídica procura não separar descoberta e justificação. Assim, Ricoeur conclui que a interpretação está incorporada na justificação interna. Já no plano da justificação externa (a justificação das premissas) o entrecruzamento de argumentação e interpretação parece indiscutível para Ricoeur. Assim como Dworkin, ele entende que os fatos de um caso concreto “não são fatos brutos, mas estão impregnados de sentidos, portanto interpretados”. E reafirma que “a imbricação entre a argumentação e a interpretação, no plano judiciário, é realmente simétrica à imbricação entre explicação e compreensão no plano das ciências do discurso e do texto”. Por fim, conclui com a extensão do aforismo “explicar mais para compreender melhor” à dicotomia entre argumentação e interpretação que fica subentendida no texto como “argumentar mais para interpretar melhor”.

### **3 O CARÁTER METAFÓRICO DA LINGUAGEM DOS MODELOS TEÓRICOS DO DIREITO**

Toda essa discussão teórica decorrente do confronto entre teoria da argumentação jurídica e teoria interpretativa do direito dentro de um mesmo contexto pós-positivista serve como exemplo de um debate que não se resolve no mesmo plano teórico. São modelos de racionalidade diferentes para a produção do direito. Cada modelo com sua narrativa própria e seu vocabulário particular. Daí a inquietação de Paul Ricoeur diante do antagonismo entre as teorias e de sua mútua exclusão. São teorias que surgem em um contexto aparentemente idêntico, mas que apresentam propostas completamente diferentes de representação (ou construção?) teórica

da razão jurídica. Cabe investigar se esses modelos realmente são capazes de descrever a realidade do direito ou se não passam de mímica, fábula ou alegoria. Ou ainda, em uma posição intermediária, se os modelos da teoria do direito são na verdade metáforas epistêmicas capazes de produção de conhecimento ao mesmo tempo em que representam e criam a noção de direito.

A teoria dos modelos científicos, especialmente no âmbito jurídico, pode ser encarada também como uma retórica dos modelos se os modelos forem entendidos como metáforas. Há, por trás de toda formulação teórica do direito, uma ideia de modelo que parte de um objeto particular – de uma figura ou imagem que pode ser observada na experiência e percebida por meio dos estímulos capturados pelos sentidos, como, por exemplo, um comando dado por uma autoridade a um subordinado, ou o conflito entre prescrições antagônicas que não podem ser aplicadas contemporaneamente. No processo de construção do modelo teórico, esse objeto particular é selecionado entre vários outros candidatos que serão posteriormente compreendidos a partir daquele que foi escolhido como seu representante. Dessa forma, na teoria do direito, como no exemplo da teoria da norma jurídica, o modelo proporciona a esperança de generalizar resultados ao assumir que, a partir de um enunciado prescritivo particular, é possível falar genericamente – teoricamente – no conceito de norma; ou, levando em consideração um conjunto de normas positivas de um espaço histórica e geopoliticamente determinado, chegar ao conceito de ordenamento jurídico. Essas generalizações subentendem a ideia de um modelo geral que será empregado, agora não mais de baixo para cima, ou seja, indutivamente do concreto para o abstrato, mas de cima para baixo, dedutivamente do geral para o particular. Assim, por exemplo, o modelo de norma servirá para explicar teoricamente uma prescrição particular, ou o modelo de ordenamento será empregado para compreender o direito empírico de um determinado Estado e garantir seu caráter sistêmico, unitário, hierárquico e coerente eliminando suas possíveis contradições ou antinomias.

O papel do modelo no processo de teorização pode ser visto como algo positivo, isto é, como algo fundamental para o êxito da teorização científica, constituinte do poder explicativo de um sistema proposicional. Mas pode também ser entendido negativamente como

algo meramente provisório, preliminar, ou mesmo opcional e até potencialmente enganoso no desenvolvimento da ciência (PALMA, 2004, p. 44).

Algo importante que deve ser considerado é a possibilidade mútua de compreender o modelo como o representado ou como a representação<sup>11</sup>. Isto é, tanto pode-se entender o representado como sendo o modelo, como, por exemplo, uma pessoa que se deixa fotografar, quanto pode-se dizer que a fotografia (a representação) é que é o modelo da pessoa representada. No primeiro caso, quando se entende que o modelo é o representado, seria o mesmo que afirmar que o imitado é o modelo e a imitação apenas sua representação, ou ainda, para adotar o mesmo exemplo, o fotografado é o modelo enquanto a fotografia é a sua representação. No segundo caso, quando a representação, e não mais o representado, é o modelo, há uma inversão, de modo que o modelo passaria a ser a imitação enquanto o representado seria o imitado, ou, em outro exemplo, a pintura figuraria como modelo enquanto o pintado seria o representado.

Na ciência, um caso típico de modelo como representado é o da teoria dos modelos da lógica, especialmente no que se denomina modelo matemático, de forma que o modelo, nessa acepção, é uma interpretação ou projeção que apresenta os correlatos formais da realidade explicada pela teoria. Nas ciências sociais, comumente os modelos atuam como uma espécie de simplificação quantitativa da realidade representada (PALMA, 2004, p. 45-46).

Há, portanto, sempre, no modelo, uma relação entre representado e representação. No direito poderíamos pensar nos seguintes exemplos: a relação entre o direito positivo de certo Estado e a ideia de ordenamento jurídico como sendo respectivamente o representado e a sua representação. Ou ainda, um debate judiciário concreto como o representado e a formalização das argumentações como sua representação. E por que não, a relação entre o produto da interpretação de um texto normativo empírico e o conjunto de normas que se apresentam como critérios formais para a solução de conflitos judiciais.

Pensando nos exemplos do fotografado e da fotografia, ou do pintado e da pintura, ou ainda do imitado e da imitação,

---

<sup>11</sup> Um fenômeno presente não só na linguagem natural como também na científica.

ordinariamente seríamos levados a pensar que a fotografia, a pintura e a imitação são sempre posteriores em relação ao fotografado, ao pintado e ao imitado. Ou seja, não seria possível ter a fotografia sem antes ter o fotografado, assim como não se poderia conceber a imitação sem que o imitado lhe fosse anterior. Isso poderia ser generalizado ao ponto de dizer que toda representação é posterior ao representado.

Mas voltemos ao exemplo jurídico. No âmbito das teorias hermenêuticas contemporâneas passou-se a diferenciar texto normativo de norma jurídica, na medida em que o texto ainda não é a norma e tampouco poderia a norma ser reduzida a seu texto. O texto seria assim anterior à norma, pois que esta seria o resultado do processo de interpretação (ou concretização) de um texto ou conjunto de textos específicos somados a elementos externos ao próprio texto (no que se costuma chamar de contexto, como, por exemplo, os dados concretos da realidade, valores socialmente compartilhados, expectativas de consenso bem sucedidas, além de outros elementos também textuais que formam o que se chama de co-texto). Assim, se tomarmos essa tese como certa, diante da relação entre texto e norma, poderíamos afirmar que o texto é o representado e a norma a sua representação, pois o texto é anterior à norma. De acordo com essa tese, então, a norma seria o produto semântico obtido a partir dos enunciados linguísticos do direito, isto é, o sentido obtido a partir dos textos.

Mas não seria possível também afirmar o contrário: a norma como sendo o representado e o texto sua representação? Nesse caso a norma seria anterior ao texto. Mas o que deve figurar aqui no exemplo como modelo: a norma ou o texto? Se a norma é o representado, ela determinaria a sua posterior representação textual. Mas se é o texto o representado, a norma é que seria a sua representação e, portanto, pelo texto previamente determinada.

Dessa forma, se pensarmos o texto como a representação da norma, isso levaria a entender a norma como algo prévio ao processo de interpretação, isto é, uma ideia ou sentido que deverá ser expressado por um texto. Mas, se ao contrário, pensarmos a norma como a representação do texto, este ser-lhe-ia anterior, determinando a necessidade de sua interpretação segundo o modelo normativo lógico-sintático adotado pela teoria jurídico-dogmática. O problema

pode ser ainda elevado à segunda potência se pensarmos que tanto o representado quanto a representação podem figurar como modelo.

Mas e com relação à aproximação entre modelo e metáfora? Se a norma é o modelo do texto, esta interação semântica entre norma e texto poderia ser literal ou deveria ser necessariamente metafórica? E se, ao contrário, o texto fosse o modelo da norma, a resposta seria diferente? Quando pergunto se a relação entre representado e representação deve ser necessariamente metafórica, isso se deve ao fato de que essa relação não se dá diretamente, mas pressupõe um terceiro elemento: a criatividade (PALMA, 2004, p. 47) que produz o enlace entre as duas realidades.

Entendendo a norma como representação do texto (representado), poderíamos chegar a duas posições contrárias: a) A norma poderia ser a paráfrase literal do texto que, antes de ser interpretado, seria apenas um conjunto de metáforas em potencial ainda não representadas literalmente. Isto é, o texto poderia, por exemplo, se apresentar como uma oração afirmativa, ou como um conjunto de orações afirmativas que aparentemente descrevem um evento da realidade, e que, após o processo de interpretação dogmática, poderia ser traduzido em uma linguagem literal prescritiva do direito, ou seja, a linguagem normativa da dogmática; b) Outra perspectiva seria a de entender a norma como um sentido metafórico produzido a partir de um texto, este sim dotado de sentido literal. O sentido da norma, nesse caso, seria construído figurativamente diante da necessidade de se descartar sentidos literais incompatíveis com os objetivos ou finalidades do direito.

Vejam um exemplo legal. O artigo 2º do Código Civil brasileiro diz “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. À primeira vista, sem o preparo dogmático hermenêutico, é difícil identificar uma norma (prescrição) a partir do enunciado em questão. Literalmente, o enunciado deveria ser tomado como uma descrição da realidade ou de um estado de coisas. Mas todo jurista dogmático contemporâneo em tese sabe que o sentido normativo da expressão deveria ser “Dado o nascimento com vida, deve ser o início da personalidade civil”. Aqui, no exemplo, vemos um texto representado por uma norma (sua representação). A formação técnica do jurista dogmático lhe permite traduzir uma linguagem descritiva em outra prescritiva quase que

automaticamente. Mas se entendermos que, de fato, a norma é que é representada pelo texto (a representação), ou seja, que a norma é prévia ao texto (este apenas sua expressão) então a redação do artigo da lei não seria suficientemente precisa, pois que literalmente deveria ser considerada falsa, levando o seu intérprete a buscar outros sentidos que ultrapassam o literal. Afinal, as normas deveriam pertencer ao âmbito do dever e não do ser.

De qualquer forma, qualquer que seja o caso, há sempre uma passagem de uma linguagem para outra: ou de uma linguagem literal (descritiva) do texto normativo para uma metafórica (prescritiva) da norma jurídica, ou de uma metafórica (descritiva) do texto normativo para uma literal (prescritiva) da norma. O modelo (seja entendido como representado, seja como representação) será uma metáfora para a realidade modelada.

O que pode ser aferido por uma teoria depende dos elementos classificatórios disponíveis e já presentes em uma linguagem historicamente determinada (ARBIB; HESSE, 2008, p. 158). Assim, novas retóricas materiais são elaboradas para representar e ao mesmo tempo constituir novos mundos que ainda não foram percebidos a partir de fenômenos porventura já presentes. É o que acontece com o vocabulário de novos ramos do direito em que novos conceitos da dogmática deverão ser desenvolvidos como, por exemplo, no direito ambiental, no direito do consumidor etc.

No campo do estudo das figuras de linguagem, as teorias se dividem, com relação ao valor que as metáforas têm de transmitir informações sobre a realidade, em duas perspectivas distintas. De um lado, existem aquelas que negam qualquer valor informativo e consideram a metáfora como substitutiva da linguagem explanatória por meio da evocação de imagens ou sentimentos. De outro lado, contrariamente a essa posição, há os que defendem que é possível estabelecer uma teoria que admita a função semântica da metáfora. Em geral, os que pertencem à primeira corrente de pensamento são aqueles que relegam a metáfora ao plano da psicologia, em que as imagens e sentimentos predominam. Ricoeur, ao contrário, se inclui entre os que admitem uma semântica da metáfora, mas que para isso seria preciso tratar o que aparentemente é meramente psicológico, isto é, relativo a imaginação e sentimento, como fator constitutivo dessa função semântica. É assim que se pode falar em um “papel

semântico da imaginação” relativo à metáfora e ao estabelecimento de um sentido metafórico próprio. A imaginação está relacionada a uma função pictórica do sentido metafórico, algo que está na própria expressão “figura de linguagem” cunhada pela tradição retórica. As figuras dão visibilidade ao discurso, fazendo-o “aparecer” (RICOEUR, 1978, p. 151-152).

É importante perceber que ao falar sobre metáforas, os teóricos parecem obrigados a criar novas metáforas. A própria palavra “metáfora” indica uma metáfora de deslocamento ou transferência do sentido. A idéia de movimento está presente, portanto, na própria idéia de metáfora. Movimento que indica passagem de um lugar para outro. O movimento é passagem, e passagem é tradução. A constituição de sentido metafórico, portanto, está ligada à noção de tradução. Em alemão a noção de movimento ou deslocamento da ação de traduzir é mais ostensiva. Traduzir, *übersetzen*, a junção da preposição “sobre” (*über*) com o verbo *setzen*, cujo significado gira em torno do movimento de “pôr” algo em algum lugar. Metáfora, do verbo grego *meta-phéro* ou *meta-phoréo*, entendida como tradução, apela, assim como em alemão, para a noção de movimento, como “levar para outro lugar”, “transferir” (DE MAN, 1978, p. 15). Na construção de modelos e na relação entre representado e representação, assim como na interpretação de metáforas, existe também tradução de uma linguagem em outra.

O tecnicismo e o objetivismo da linguagem científica parecem ter sido tomados como estalão da perfeição para as outras formas de discurso, dentre as quais, o discurso jurídico. Entretanto, a linguagem da ciência, senão a própria ciência, deve ser entendida como mera forma de controle e predição. Ou seja, os objetivos semânticos da ciência e da linguagem científica não devem ser vistos como paradigma para a linguagem metafórica. A ciência não é mais que um procedimento amplamente aceito e compartilhado, sendo, deste modo, capaz de fixar crenças (RORTY, 1997, p. 220). A construção de um mundo por meio de um modelo depende da objetivação do modelo quando este é apresentado como uma teoria científica aceitável (ARBIB; HESSE, 2008, p. 161).

Enquanto a ciência procura descrever um mundo que é, que existe, as metáforas permitem criar novos mundos – mundos

inauditos. Ou seja, as metáforas não apenas “representam”, mas elas próprias constituem eventos desse mundo inaudito. O ponto de vista que admite a produção um sentido metafórico próprio na linguagem figurada entende que no momento em que uma metáfora é criada, é como se um novo mundo simbólico surgisse (DAVIDSON, 2008, p. 473). Mesmo considerando que as metáforas, para oferecerem um significado, dependem do prévio conhecimento de seu emprego literal na linguagem – pois que de outra forma, não haveria metáfora, apenas sons inauditos que nada representam – entender a literalidade é insuficiente para a compreensão do significado metafórico. Para Davidson, “significado”, em oposição a “uso”, é um conceito semântico que só tem sentido em âmbitos muito restritos do comportamento lingüístico regular a predizível (o que não é o caso da metáfora).

Conquanto as metáforas são assimiladas, trocadas e começam a morrer, e conquanto os paradoxos começam a funcionar enquanto conclusões, e posteriormente enquanto premissas, de argumentos, esses dois tipos de sons começam a transmitir informação. O processo de se tornar envelhecido, familiar, não-paradoxal e trivial é o processo pelo qual tais sons, cruzam a linha desde ‘meras’ causas de crenças até razões para crença (RORTY, 1997, p. 228).

Para que um texto torne-se a descrição de um conceito jurídico é preciso que se torne um padrão para crença nesse conceito. É nesse sentido que Ottmar Ballweg e Katharina (Sobota) von Schlieffen falam em *regularidades* como “formações cibernéticas dinâmicas” ou “padrões construídos por um observador dentro de um sistema” (SOBOTA, 1995, p. 254). As regularidades, ao mesmo tempo em que são criador, são criatura.

Assim, as metáforas se arriscam diante de regularidades num contínuo jogo de aproximação e distanciamento:

Não se trata, com efeito, de uma questão de ontologia, das coisas como elas são, mas de autoridade, de como se decreta que as coisas são. E essa autoridade não pode ser investida de nenhum caráter autorizado, pois o uso livre da linguagem comum é conduzido, como faz a criança, pela figuração irrefreada, que zomba da mais autoritária academia. Não temos meio de definir, de policiar as



fronteiras que separam o nome de uma entidade do nome de outra; os tropos não são apenas viajantes - tendem também a ser contrabandistas e, provavelmente, contrabandistas de bens roubados. O que torna as coisas ainda piores é que não há como descobrir se fazem isso com intenção criminosa ou não (DE MAN, 1992, p. 24).

O estabelecimento de modelos teóricos para o desempenho da atividade dogmática do jurista surge muitas vezes, não como descrição do direito, mas como reflexo da ideologia e da visão de mundo do jurista em determinado contexto histórico do qual ele não pode sair. Mais do que “saber” o que o direito é, as teorias desenvolvem narrativas que apresentam o direito como se “quer” que ele seja.

No que diz respeito, por exemplo, às relações entre a centralização do poder e a proibição de se interpretar o direito, a teoria do direito só poderia se desenvolver em um sentido determinado previamente em razão de seu contexto político. Ainda na pré-modernidade jurídica, a diferença substancial entre os primeiros intérpretes do *Corpus Juris Civilis*, isto é, os glosadores, e os seus continuadores, os comentadores ou pós-glosadores é uma questão de graus de autoridade atribuída ao texto (representado) objeto da interpretação (representação). Para os glosadores, a interpretação se restringia a extrair um sentido literal do texto do *Corpus*. Para os comentadores, a interpretação literal revelava-se um limite ao trabalho científico do jurista de construção de um direito racional. O racionalismo sistematizador dos humanistas no Renascimento influenciou o modo de reflexão teórica dos juristas. Assim, as novas conclusões sobre as relações entre o *jus commune* e os vários *jura propria* são uma consequência desse novo método teórico. A interpretação passa a constituir uma ferramenta de criação do direito. Ao passo em que as novas construções teóricas permitam que o *jus proprium* prevaleça em relação ao *jus commune*. Dentre várias possíveis causas, a emergente superioridade do direito particular de cada território surge provavelmente em razão do aparecimento de novas situações concretas decorrentes de novas necessidades sociais. O produto da interpretação do direito comum realizada pelos glosadores passa a ser insuficiente ou anacrônico

frente a novas exigências políticas, a relações comerciais inusitadas etc. É o momento em que o direito estatutário passa então a se afirmar como fonte importante do direito.

Isto significa dizer que o propósito de recriação da realidade está mais presente entre os teóricos do direito do que simplesmente um comportamento descritivo. O modelo se aproxima da metáfora na analogia que se faz ente poética e ciência. Como afirma Ricoeur, “a metáfora é para a linguagem poética o que o modelo é para a linguagem científica” (RICOEUR, 2005, p. 366).

Há quem entenda que a teoria dos modelos tenha, no direito, a função de preencher, metaforicamente, o “vazio epistemológico” de sua ciência. É o caso de Torquato Castro Jr. para quem, a aproximação entre metáfora e modelo, que autores como Ricoeur, Max Black ou Mary Hesse adotam, é algo relacionado à capacidade de intuir o mundo, própria do ser humano (CASTRO JR., 2009, p. 23). Para Max Black a habilidade de criar e entender metáforas, assim como a capacidade de contar e de rir de uma piada é algo absolutamente natural nos seres humanos, algo que a criança desenvolve espontaneamente ao aprender a falar, sem que seja necessariamente dotada de talento poético ou literário (BLACK, 1978, p. 181).

As sobras epistemológicas que se confirmam empírica ou experimentalmente na ciência é o que pertence ao domínio da “imaginação científica”, ou do “engenho e arte”. O modelo, enquanto categoria formal visa a atender necessidades pragmáticas da retórica do direito (CASTRO JR., 2009, p. 25-26).

A teoria dos modelos desenvolvida por Max Black e por Mary Hesse percebe que, na linguagem científica, o modelo atua como um instrumento heurístico de interpretação ou redescrição. São três os níveis de modelos. Do mais baixo para o mais alto eles se dividem em modelos de escala, modelos análogos e modelos teóricos.

Os modelos de escala funcionam a partir de uma relação assimétrica entre a coisa e o modelo. São simulacros de objetos materiais reais ou imaginários que mantêm as relações de proporção do original. O exemplo mais significativo é a maquete que reduz um objeto muito grande e, portanto, difícil de enxergar em sua totalidade, a uma sua miniatura. O contrário também é possível,

como por exemplo, na representação de um átomo, ou de uma cadeia de DNA, cujo objetivo é mostrar como a coisa funciona ou que aspecto ela tem, para em seguida extrair as leis que determinam a sua atuação. É importante ressaltar que as maquetes não precisam manter – e geralmente não mantêm – as propriedades do objeto representado, pois a miniatura de uma represa, por exemplo, pode ser fabricada com um material completamente diferente da represa original que se pretende construir ou que já foi construída. O objetivo da modelagem pode ser somente a representação de um dos aspectos do objeto representado. Pode ser que se dê o contrário e a proporção não interesse tanto, mas apenas o grau de resistência do material utilizado. Assim, um modelo de escala enfatizará alguns traços do original, desprezando outros não relevantes ou indiferentes para os propósitos práticos da produção do modelo (PALMA, 2004, p. 48). O modelo de escala, portanto, é empregado na adaptação ao nível da compreensão humana de coisas inicialmente inapreensíveis ao nosso aparato cognitivo em virtude de seu macro ou micro dimensionamento. Mas entre o modelo e o modelado existirá sempre uma relação assimétrica que não permitirá a conversão de um em outro. O modelo A de um objeto modelado B (por exemplo, a maquete de uma ponte) não admite a inversão de posições, pois o objeto modelado B não poderá se transformar no modelo A, ou, para usar o nosso exemplo, a ponte original não pode se transformar em modelo para a sua maquete. Os modelos de escala, na verdade, não têm um fim em si mesmo. São sempre substitutos instrumentais na medida em que são um meio para a compreensão de algo à primeira vista incompreensível. De qualquer maneira, somente alguns aspectos do objeto original poderão ser representados no modelo, o que determina que entre modelo e modelado haverá uma identificação apenas parcial. Obviamente a falta de identidade total levará à necessidade de regras de interpretação do modelo para que o original seja compreendido adequadamente.

O modelo analógico, por sua vez, desempenha uma representação estrutural por meio da mudança do meio (*medium*) como uma tradução de um sistema de relações para outro. O isomorfismo entre modelo e coisa representada se dá pela semelhança entre estruturas, e não pela aparência. É o que acontece com a representação do átomo por meio do sistema solar tomado

como modelo de estrutura para o movimento das partículas subatômicas. Pode-se dizer que os modelos, especialmente o modelo analógico, desempenham uma função psicológica importante na medida em que servem a funções heurísticas e didáticas de compreensão científica da realidade. Os modelos analógicos servem para simplificar as inferências de estruturas mais complexas. É esse o tipo de modelo que mais se aproxima da noção de “metáfora epistêmica” (PALMA, 2004, p. 50).

Os modelos teóricos, por fim, pertencem ao nível mais alto da teoria ao introduzirem uma linguagem nova, porém descritiva do original (RICOEUR, 2005, p. 366-368). Modelos desse tipo são mais pretensiosos no que se refere ao seu poder explicativo ou comprobatório. O modelo teórico da ciência procura ser a representação realista do fenômeno além de servir como instrumento de predição. O mais importante é que sempre há um compromisso ontológico que pode variar de um grau mínimo de pressuposições acerca da realidade até o grau máximo que determina que o modelo seja uma verdadeira cópia ou imagem concreta dos fenômenos.

No nível teórico, portanto, o funcionamento do modelo, ao introduzir esse novo idioma, se assemelha ao da metáfora. A explicação teórica pode ser comparada à atividade de redescrição metafórica. Na ciência, o recurso à redescrição metafórica é um sintoma da impossibilidade de se obter uma relação puramente lógica ou dedutiva entre a explicação e o que é explicado. A racionalidade consiste precisamente na adaptação contínua de nossa linguagem a um mundo em contínua expansão, e a metáfora é um dos principais meios pelos quais isto se efetua (RICOEUR, 2005, p. 370).

É importante reafirmar que somente os traços pertinentes são revelados no modelo de acordo com o nível de abstração a que pertença. Do nível imagético da cópia ampliada ou reduzida, passa-se pelo isomorfismo estrutural que despreza o aparente e ressalta o que há por trás da imagem, para chegar ao nível mais alto de abstração do modelo teórico que procura descrever a coisa com um novo mundo, ou uma nova dimensão, do qual não faz parte a própria coisa.

De toda sorte, o caráter positivo do uso dos modelos pode ser vislumbrado na aproximação da ideia de modelo em relação à noção de metáfora. A capacidade de expansão e de readaptação do modelo é semelhante à capacidade de expansão semântica das metáforas. A

expansão ou transformação semântica das metáforas permite a introdução de novos significados em um idioma, da mesma forma que a capacidade de expandir e transformar uma teoria depende da interpretação que se dê ao modelo.

As teorias estruturalistas do direito que tiveram (e ainda tem de certo modo) grande sucesso no desenvolvimento do positivismo jurídico de meados do século XX se situam entre o segundo e o terceiro nível de abstração dos modelos. Por um lado, rejeitam a imagem de direito ou a sua simples aparência superficial e deixam de identificar, por exemplo, direito com lei, ou, em termos estruturalistas, norma com texto normativo. A manifestação linguística na norma jurídica é apenas um modo de apresentação da norma, que por sua vez é a estrutura lógica que está por trás do texto. Ao mesmo tempo, o próprio modo de pensar analítico vê-se obrigado a “imaginar” figuras que representem essa estrutura e pressupor “mundos” distintos e diferentes “formas de existência”. É o que acontece quando se fala na separação entre o “mundo do ser” e “mundo do dever”, por exemplo; ou na diferença entre validade, vigência e eficácia normativa como manifestações distintas de um mesmo fenômeno em âmbitos diferentes.

Claro, quanto maior o grau de formalização de uma teoria, menor o seu “sabor metafórico” (CASTRO JR., 2009, p. 68). Mas isso se a linguagem formalizada não for entendida ela própria como uma metáfora. Não é possível dizer se os juristas teóricos que se preocupam em demonstrar seus argumentos não só por meio de conceitos linguísticos, mas também por meio de enunciados formais expressados simbolicamente, fazem-no por uma necessidade epistemológica – assim como na matemática – ou se são apenas estratégias de apresentação que causam impacto diante da ignorância ou do pouco conhecimento de boa parte de seus leitores. O que se pode intuir é que para os que nada sabem de lógica, a linguagem formalizada do cálculo sentencial ou do cálculo de predicados, causa espanto; para os que decifraram essa linguagem e têm alguma intimidade com os operadores, categoremas ou sincategoremas da lógica, os enunciados não passam de pura redundância (o que não é um problema para a lógica, vista ser feita de tautologias)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> No caso de autores como Neil MacCormick ou Robert Alexy, há certa consciência

A univocidade que se espera na linguagem teórica depende certamente de sua formalização. A linguagem natural, diante dos problemas causados pela ambiguidade de seus conceitos, pela vagueza de suas expressões e pela porosidade a que está submetida diante de seu caráter historicamente determinado tem pouca ou nenhuma relevância epistemológica. Daí a necessidade de se recorrer a uma nova linguagem específica e unívoca, como a linguagem da lógica formal. A questão é que, se a linguagem natural diz muito, mais do que devia, causando uma série de problemas interpretativos e comunicacionais de falsa compreensão, uma linguagem formalizada, unívoca, por ser tautológica, auto-referente, por si só, nada diz, não acrescenta dado algum sobre a realidade. Sua univocidade resulta do princípio da identidade em que  $p$  é exatamente igual a  $p$  e somente a  $p$ . O que interessa à lógica é a sua coerência do ponto de vista sintático, e não semântico.

Claro que não se pode fazer ciência assim, pelo menos no sentido de uma ciência empírica como é em parte a teoria do direito. Ou melhor, não se pode produzir conhecimento algum sem uma linguagem que capture a essência das coisas e as traduza em uma nova linguagem. A univocidade que se pretende na ciência é coerente com a noção de “verdade como correspondência”. Mas o sentido literal que se almeja no linguajar teórico depende da crença de que a teoria representa um “decalque do mundo” em que a teoria da verdade como correspondência indica a existência prévia de um mundo dual (CASTRO JR., 2009, p. 77).

A univocidade e o significado literal na teoria dogmática do direito são, portanto, operacionalmente fundamentais, mas não lhe pertencem. Aliás, nada do que pode ser chamado literalmente de científico na ciência do direito é originalmente seu. O que não é roubado é emprestado, mesmo que compulsoriamente. Assim, se os modelos científicos como um todo já podem ser caracterizados como metáforas, no âmbito do direito, falar em ciência e recorrer a modelos científicos é uma dupla metáfora, na medida em que a expressão “ciência jurídica” não poderá nunca ser tomada literalmente, tampouco vir desacompanhada de aspas. Tomar os

---

de que a linguagem formal empregada é um misto de esforço epistemológico com fantasia literária. Cf. MACCORMICK, 1997, p. 19-25.

modelos da “ciência do direito” como metáforas é essencial ao desenvolvimento criativo e adaptativo do próprio direito da mesma forma que permite compreender a sua mutabilidade intrínseca.

Dessa forma, o percurso teórico de toda a jurisprudência é uma cruzada. Sempre crentes na possibilidade de construção de teorias que salvem um mínimo da certeza e da objetividade do direito, os juristas primeiro combatem os infiéis e agnósticos da filosofia, saqueiam as suas cidades, estupram suas mulheres, roubam os seus bens, para em seguida voltarem para casa, ao mesmo tempo vitoriosos, repletos de bugigangas que usarão para decorar suas casas, mas sem saber muito bem como adequá-las ao novo cenário. Alguns, porém, percebem que tudo é em vão e perdem a fé.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ética e retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo. São Paulo: Noeses, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoría de La argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. M. Atienza e I. Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARBIB, Michael A.; HESSE, Mary B. **The construction of reality**. New York: Cambridge University Press, 2008.

BALLWEG, Ottmar. Analytical rhetoric, semiotic and law. In: KEVELSON, Roberta. **Law and semiotics**. v.1. New York: Plenum Press, 1987, pp. 25-33.

\_\_\_\_\_. Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung. In: ALEXY, R.; DREIER, R.; NEUMANN, U. (Hrsg.) **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**. Beiheft 44. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1991a, pp. 45-54.

\_\_\_\_\_. Phronetik, Semiotik und Rhetorik. In: BALLWEG, Ottmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). **Rhetorische Rechtstheorie**. Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 1982.

\_\_\_\_\_. Retórica analítica e direito. Trad. João Maurício Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXXIX, fasc. 163, julho-agosto-setembro. São Paulo, pp. 175-184, 1991b.

BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 2003.

BLACK, Max. How metaphors work: a reply do Donald Davidson. In: SACKS, Sheldon (Ed.). **On metaphor**. Chicago and London: University of Chicago Press, 1978, pp. 181-192.

CASTRO Jr. Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. Reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009.

DAVIDSON, Donald. What metaphors mean. In: MARTINICH, A. P. (Ed.) **The philosophy of language**. New York: Oxford University Press, pp. 473-484, 2008.

DE MAN, Paul. The epistemology of metaphor. In: SACKS, Sheldon (Ed.). **On metaphor**. Chicago and London: University of Chicago Press, 1978, pp. 11-28.

DEL FRATE, Paolo Alvazzi. **L'interpretazione autentica nel XVIII secolo**. Divieto di *interpretatio* e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico. Torino: Giappichelli, 2000.

DESCARTES, René. **O discurso do método**. Para bem dirigir a própria razão e buscar a verdade nas ciências. Trad. P. Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **La dialéctica de Hegel**. Trad. M. Garrido. Madrid: Cátedra, 2007.

GUASTINI, Riccardo. Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione. **Ragion pratica**. n. 17. Bologna: Il Mulino, 2001, pp. 43-52.

HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Trad. P. Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. Trad. M. C. Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert L. A. **Il concetto di diritto**. Trad. M. Cattaneo. Torino: Einaudi, 2002.

HUNTER, Dan. No wilderness of single instances: inductive inference in



- law. **Journal of legal education**. v. 48, n. 3, september, 1998, pp. 365-401.
- JUST, Gustavo. Guinada interpretativa. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 394-398.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- PALMA, Héctor A. **Metáforas en la evolución de las ciencias**. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2004.
- RICOEUR, Paul. **A metáfora viva**. Trad. D. Macedo. São Paulo: Loyola, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e ideologias**. Trad. e org. H. Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.
- \_\_\_\_\_. Interpretação e/ou argumentação. In: RICOEUR, Paul. **O justo**. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 153-173.
- \_\_\_\_\_. The metaphorical process as cognition, imagination, and feeling. In: SACKS, Sheldon (Ed.). **On metaphor**. Chicago and London: University of Chicago Press, 1978, pp. 151-158.
- RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Trad. M. A. Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.
- SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. J. M. Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, pp. 251-273, 1995.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e filosofía del derecho**. Trad. J. M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991.
- WAISMANN, Friedrich. **Logik, Sprache, Philosophie**. Stuttgart: Reclam, 1985.

## DESTACAMENTO E SALTO DE FÉ PARA OURIÇOS: INTERPRETAÇÃO, MORAL E PONTOS DE VISTA EM DWORKIN E GARDNER

Ramiro de Ávila Peres\*

### INTRODUÇÃO

É uma norma do direito brasileiro que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”. Filósofos do direito, inspirados por Hart (1994), podem distinguir duas maneiras distintas de fazer essa afirmação: de uma perspectiva *interna*, um jurista a *usa* para apelar para um direito criado pela Constituição; de um ponto de vista *externo*, alguém a profere para referir uma prática, fontes ou decisões desse sistema de normas. Tal distinção já é um lugar-comum para fatos sociais. Como veremos a seguir, é objeto de controvérsia o que, exatamente, essa distinção interno/externo implica – se se trata de proposições distintas, com significados diferentes, ou se a distinção é antes algo que os falantes *fazem*, como movimentos distintos de um jogo.

Alguns filósofos, porém, a partir de Raz (1979), sustentam que é característico da prática jurídica a presença de um terceiro ponto de vista *destacado*, relativo à pessoa inserida na prática, porém sem a endossar – como um jurista que referisse e aplicasse o art. 5º, VIII, da Constituição, mas não reconhecesse qualquer expectativa moral gerada por essa norma. Gardner (2012) usa essa perspectiva peculiar como base para lançar uma crítica ampla à teoria do direito de Dworkin: como este defende uma conexão forte entre o direito e a

---

\* Doutor em Filosofia (UFRGS), Mestre em Filosofia (UFRGS), Bacharel em Direito (UFRGS), Especialista em Direito Público (Faculdades Meridionais – IMED, em convênio com a ESMAFE), Analista do Banco Central do Brasil. Pesquisa temas ligados à teoria da decisão e Filosofia Política.

moralidade, não poderia dar conta da existência desse terceiro ponto de vista da prática jurídica.

Contudo, o ponto de vista destacado tem levantado mais controvérsias do que resolvido na filosofia do direito – e, como argüiremos a seguir, é improvável que refira algo mais que o estado psicológico peculiar de alguém que faz exatamente as mesmas afirmações de um ocupante do ponto de vista interno ou externo, donde é irrelevante para a teoria e a prática jurídica (i.e., apenas refere que juristas fazem afirmações nas quais não creem – como economistas, cientistas, filósofos, etc.). Começaremos por analisar a crítica de Gardner a Dworkin de que, graças à tese da conexão moral, juristas não podem conceber argumentos e princípios jurídicos sem *endossá-los*; a seguir, na segunda seção mostramos como essa crítica, na verdade, deriva da tese da inescapabilidade da moral (que Dworkin não endossa) e da ausência de um ponto de vista destacado em Dworkin. Todavia, nesse ponto, ele está em boa companhia, já que apontaremos vários filósofos que colocam em dúvida a caracterização desse ponto de vista.

Na terceira seção, modelamos o “intérprete destacado” com o exemplo do cético sobre o sistema jurídico, instanciado pelo Juiz Holmes; mas, a partir duma analogia com a interpretação teatral (afim ao uso de Dworkin da teoria da interpretação literária), argüimos que o ceticismo oferece uma interpretação ruim do direito. Na quarta seção, encerramos nossa crítica ao ponto de vista destacado com um ataque direto à meta-ética subjacente – a “visão de dois sistemas”.

## 1 O ATAQUE DE GARDNER

Segundo Kevin Toh (2013), o artigo *Law as a Leap of Faith* [Gardner, 2012] se destaca como o mais interessante e o mais obscuro do livro homônimo. Aparentemente, Gardner busca conciliar o “ponto de vista de um participante de um sistema jurídico que pressupõe a validade dos critérios” deste (uma referência à noção de *Norma Fundamental* de Hans Kelsen) com a perspectiva do “teórico do direito que concebe a validade dos mesmos critérios como consistindo da pressuposição do participante” [Toh, 2013, tradução livre]:

The paper appears to me marred by strained attempts to analogize these two points of view to the two horns of the Euthyphro dilemma and also to Kierkegaard's moral and religious points of view, and to draw lessons from the analogies. In the preface (pp. vi-vii), Gardner announces that the title essay is meant to signal his break from Hart's way of conceiving all norms as 'social norms', and to pave the way to a better understanding of the places of both social and non-social norms in the workings of legal systems. How the thinking in this first chapter affects or constrains the arguments and positions in the later chapters, I confess, eludes me [Toh, 2013, n. p.].

O ponto alto de Gardner é sua conclusão: ao invés de reafirmar as analogias apontadas entre direito e religião (ou entre a aceitação e a fé), Gardner apresenta uma série de *desanalogias*, que elucidariam o conceito de direito. Basta-nos, por ora, focar uma delas – a existência de um ponto de vista destacado no direito:

In the case of God, to know Him is to love Him. Cognition of God entails moral commitment. Not so the Grundnorm. Kelsen struggled with this point throughout his career. [...] the reason, rather, is that of God's comprehensively overarching role in the universe, if He exists. This role is such that merely recognising His existence amounts, necessarily, to laying oneself down before Him.[...] One may see that a legal system exists, and what it involves, without in the slightest laying oneself down before it.[...] When one does so, to borrow Raz's terms, one presupposes the Grundnorm in a detached rather than a committed way, or, to borrow MacCormick's terms, one has the cognitive internal attitude to law without the volitional internal attitude. To know the law is not to love it even though the Grundnorm, if for any reason we do come to love the law, necessarily fuses for us the merits and the sources of law [Gardner, 2012: 14-15].

A partir daí, Gardner alerta para não se confundir “destacamento” com “hipótese” – isto porque, ainda que não possamos conceber Deus de um ponto de vista destacado, podemos fazê-lo hipoteticamente (como ele mesmo o faz: Gardner era ateu). Esse raciocínio lhe enseja imputar dois erros a Ronald Dworkin – que (i) sua teoria do direito não deixa espaço nem para destacamento, nem para (ii) hipótese:

Ronald Dworkin's *Law's Empire* tells us that, as lawyers, we cannot presuppose the validity of the first constitution noncommittally – we must be committed to the whole history of the constitution. The same book tells us that, as legal theorists, we cannot hypothesise the presuppositions of lawyers without endorsing them. So not only lawyers but also legal theorists can only talk about law while being committed to it. Dworkin is wrong even on the first point. Law is not God and happily lawyers need not, in their professional capacity, be true believers. But Dworkin's error is deepened by his failure adequately to distinguish the two points. Even if law were God, so that lawyers would have to be true believers, it would not follow that only true believers could be philosophers of law. [Gardner, 2012: 17-18, grifo do original]

Contudo, a primeira afirmação (*we cannot presuppose the validity of the first constitution noncommittally*) parece acarretar que advogados não poderiam (sob pena de incoerência) ser críticos da história constitucional de seu sistema; isso vai ao encontro do que Gardner afirma em outro artigo: que, para Dworkin, “how law is depends **entirely** on how it ought to be. Law is comprehensively tailored to its purpose” [Gardner, 2012: 165, grifo nosso]. Assim, juristas americanos não poderiam criticar a *Fugitive Clause* de sua Constituição, que garantiu o reconhecimento da constitucionalidade das Leis sobre escravos fugidos. Se *Law's Empire* faz ou implica essa afirmação, pode ser tachado de flagrantemente incoerente, pois *no mesmo livro* se encontra uma crítica a decisões nesse sentido.

O que está em jogo é que Dworkin não poderia assim explicar o problema do direito mau (*evil law*) – pois se o direito depende da moralidade, regras jurídicas más deveriam ser inválidas. Mas isso é um engano: pode-se ver como Dworkin evolui sua teoria em relação à lei injusta cotejando seus livros:

a) *Law's Empire*:

Perhaps the law of the United States, properly interpreted in deference to integrity, did include the Fugitive Slave Act enacted by Congress before the Civil War. If a judge's own sense of justice condemned that act as deeply immoral because it required citizens to help send escaped slaves back to their masters, he would have to consider whether he should actually enforce it on the demand of a

slave owner, or whether he should lie and say that this was not the law after all, or whether he should resign. The principle of integrity in adjudication, therefore, does not necessarily have the last word about how the coercive power of the state should be used. But it does have the first word, and normally there is nothing to add to what it says [Dworkin, 1986: 219, grifo nosso].

*b) Justice for Hedgehogs:*

Now return to nomenclature. We seem to have a choice. We might say that the slaveholders had, in principle, a political right to regain their slaves on demand but that this right was trumped, in the language I used in Chapter 14, by an emergency – in this case a moral emergency. We express that thought best by saying what most lawyers would say: that the Act was valid law but too unjust to enforce. Or we might say that the slaveholders did not have a right to what they asked even in principle. We express that conclusion by saying what some other lawyers would say: that the Act was too unjust to count as valid law.

The first account, and therefore the first way of putting the point, seems preferable in these circumstances. It expresses nuances that the second smothers. It explains why the judges confronted with the Act faced, as they said, a moral dilemma and not simply a prudential one. The second option would seem more accurate, however, in another, very different, case that is also often cited in academic seminars. The hideous Nazi edicts did not create even *prima facie* or arguable rights and duties. [Dworkin, 2011: 411].

Logo, a acusação de que advogados precisam ser “fiéis” não procede. Já a segunda acusação de Gardner – de que, como teóricos do direito, *we cannot hypothesise the presuppositions of lawyers without endorsing them* – parece ainda mais problemática. Afinal, ela parece acarretar um problema lógico; ao negar uma proposição qualquer (e.g., “não sou aluno da pós-graduação em filosofia”), assumimos que sei o que essa proposição significa – i.e., compreendo seus conceitos e o que seria o caso *se a proposição fosse verdadeira*; mas isso não é formular uma hipótese? Ou seja, para negar uma tal proposição (ou mesmo para usá-la como parte de uma afirmação mais complexa, como em um condicional do tipo ‘se P, então Q’), devo ser capaz de formular uma hipótese (isto é, saber o

que seria o caso se ela fosse verdade), sem endossá-la.

Podemos tentar interpretar a acusação de outra forma, por meio de uma afirmação semelhante: “só é possível conceber a pressuposição de um jurista se for possível endossá-la”. Mas esta sentença pode ou ter a mesma leitura problemática supra (implicando “não se pode conceber o que se acredita ser falso”), ou uma leitura trivial (“só se pode conceber o que pode ser afirmado”)<sup>1</sup>.

Conforme a referência feita por Gardner, tais erros teriam sido cometidos entre a página 11 e a página 15 de *Law's Empire*. Trata-se do primeiro capítulo do livro, onde Dworkin esboça a caracterização do que veio a chamar de “positivismo semântico” – sobre o qual lançará seu argumento do desacordo. De fato, pode-se encontrar uma menção a diferentes *pontos de vista* em relação à prática jurídica nas páginas 14 e 15 da obra:

This crucial argumentative aspect of legal practice can be studied in two ways or from two points of view. One is the external point of view of the sociologist or historian, who asks why certain patterns of legal argument develop in some periods or circumstances rather than others, for example. The other is the internal point of view of those who make the claims. [...]

Both perspectives on law, the external and the internal, are essential, and each must embrace or take account of the other [Dworkin, 1986: 14].

[...]

The historian's perspective includes the participant's more pervasively, because the historian cannot understand law as an

---

<sup>1</sup> Pode haver um problema lógico interessante aqui, sobre o caráter particular de afirmações morais: proposições que descrevem o mundo são, em geral, consideradas contingentes - podemos, em princípio, conceber uma situação contrafactual em que seriam falsas, um mundo possível em que o estado de coisas que descrevem não é o caso. Isso não se aplica a proposições morais (ao menos não a proposições gerais, como “a escravidão é injusta”): aparentemente, não há nenhum evento no mundo que possamos alterar que altere seu valor de verdade; logo, se verdadeiras no mundo atual, elas seriam verdadeiras em todo mundo possível (o que nos tenta à conclusão de que seriam verdades necessárias). Esse ponto, assim como o caráter *prescritivo* das afirmações morais parece ter alguma relação com o que Gardner quer dizer com a ideia de que *não podemos nos destacar* de nossas afirmações morais - na realidade, os dois pontos (não-contingência e prescritividade) estão interligados no debate entre realistas morais e não-cognitivistas. V. Roojen (2015, n. p.).

argumentative social practice, even enough to reject it as deceptive, until he has a participant's understanding, until he has his own sense of what counts as a good or bad argument within that practice [Dworkin, 1986: 15].

Contudo, ao que tudo indica, Dworkin está apenas replicando a distinção entre o ponto de vista interno e o externo apresentada por Hart (1994: 56 e *passim*) em *The Concept of Law*. Ele de fato afirma que adotará o ponto de vista interno, do participante (até porque *Law's Empire* não pretende descrever atitudes ou crenças dos juízes, mas interpretar sua prática):

This book takes up the internal, participants' point of view; it tries to grasp the argumentative character of our legal practice by joining that practice and struggling with the issues of soundness and truth participants face. [...] not because only judges are important or because we understand everything about them by noticing what they say, but because judicial argument about claims of law is a useful paradigm for exploring the central, propositional aspect of legal practice. Citizens and politicians and law teachers also worry and argue about what the law is, and I might have taken their arguments as our paradigms rather than the judge's. But the structure of judicial argument is typically more explicit, and judicial reasoning has an influence over other forms of legal discourse that is not fully reciprocal [Dworkin, 1986: 15-16].

Logo, não há nada, apenas nessas páginas, que justifique as duas acusações de Gardner.

## **2 SERIA O PONTO DE VISTA DESTACADO UM PROBLEMA PARA O INTERPRETATIVISMO?**

Podemos, por fim, reinterpretar a crítica de Gardner de outra forma: *Law as a leap of faith* mostra o que é um ponto de vista destacado (*detached point of view*) do participante do direito, por meio do contraste com a ausência de tal ponto de vista na prática da religião. Como ele afirma: "In the case of God, to know Him is to love Him. Cognition of God entails moral commitment" [Gardner, 2012: 14]. Assim, a teoria de Dworkin – de que o direito é um



conceito interpretativo e de que a melhor concepção do direito é como uma manifestação da virtude política da integridade – não poderia dar conta dessa visão destacada, tão comum a juristas. Os oficiais de um sistema frequentemente não acreditam que exista uma correspondência entre deveres morais e jurídicos; eles fazem reivindicações morais em nome do sistema jurídico, sem, necessariamente, acreditar nelas: “Judges make moral claims for law but they may be anarchist subversives [...]. Or, less racily, they may just be people who need to hold down to their jobs[...].” [Gardner, 2012: 138].

Pode-se desconfiar do contraste entre direito e religião/moral supra; afinal, Joseph Raz, ao definir o ponto de vista destacado, menciona que ele se aplica a qualquer campo normativo [Raz, 2002: 177] – logo, por que não se aplicaria à religião? Um dos exemplos de Raz é justamente o do “judeu ortodoxo”:

Imagine an orthodox but relatively ill-informed Jew who asks the advice of his friend who is Catholic but an expert in Rabbinical law. “What should I do?” he asks, clearly meaning “what should I do according to my religion, not yours”. The friend tells him that he should do so and so. The point is that both know that this is not what the friend thinks that he really ought to do. The friend is simply stating how things are from the Jewish Orthodox point of view [Raz, 1979, 156].

O ponto de Gardner é que, ao contrário da obrigação jurídica, para reconhecer uma obrigação moral (ou, no caso dos exemplos supra, religiosa) enquanto tal, é preciso ter a atitude interna volitiva correspondente. À primeira vista, isso implicaria que as histórias de “fiéis” desobedientes (e.g., Jonas, Lúcifer, etc.) revelariam um profundo problema de raciocínio – e não apenas um “mero” problema moral/teológico referente ao caráter dos sujeitos. Isso pode ser elucidado por outro artigo, em que Gardner defende a tese da *inescapabilidade* da moralidade (IM) e busca explicar o tipo de erro que se pode cometer em relação à moralidade:

(IM) is not the thesis that, for a rational being, nothing can conflict with moral norms, nor is it the thesis that moral norms override everything with which they conflict. Human beings almost always

have their reasons, for their failures to conform to moral norms. (...) Once again, it shows nothing more than a tendency for rational agents to make rational mistakes, this time mistakes about the relative importance of their own profit [Gardner, 2012: 151].

Nossos erros morais, portanto, seriam explicados não pela incapacidade de as razões morais produzirem a motivação devida, mas pelo fato de que temos outras considerações em jogo (um lugar-comum entre filósofos morais<sup>2</sup>) e de que podemos cometer erros sobre a relativa importância dessas. Gardner conclui disso que **não** poderíamos adotar um ponto de vista destacado em relação às nossas considerações morais<sup>3</sup> – ao contrário das considerações jurídicas. Se, por exemplo, reconheço a proibição do uso de drogas como uma obrigação meramente jurídica, ainda seria plausível sustentar que não tenho uma razão para não usar drogas.

Pretendemos, a seguir, estudar como a teoria de Dworkin poderia permitir descrever os enunciados de um jurista que não endossasse o seu respectivo sistema jurídico. Não obstante, cabe ressaltar que a própria ideia de que esse “ponto de vista” acrescenta algo relevante à teoria jurídica é dubitável. Kevin Toh (2007)<sup>4</sup>,

---

<sup>2</sup> Na realidade, esse problema (a possibilidade de reconhecermos uma obrigação e ainda assim não nos sentirmos compelidos a agir de acordo com ela) é considerado, por Cavell, um dos clássicos da filosofia moral: “(2) Even where there is no disagreement, hence no argument, about what ought to be done, even where I have achieved ‘rational conviction’ about this question, or where the answer is from the beginning obvious, I still may not in fact *do* what I apparently know to be right, or refrain from doing what I surely *know* to be evil” [Cavell, 1999: 248].

<sup>3</sup> Algo afim pode ser encontrado em Dworkin [2011: 49]: “In fact, however, people who find some automatic connection between moral conviction and motivation think this connection holds for false as well as true convictions. They think that anyone who really believes that he is morally required not to walk under ladders will feel constrained not to walk under them. It is conviction, not truth, that supposedly carries the motivational surge”. Ainda assim, essa restrição não é uma necessidade lógica, nem psicológica: “Whatever natural connection we find between people’s convictions about their moral duties and their behavior is much better explained by exploring a psychological question: Why do people take an interest in moral issues? [...] Some perverse people – Richard and Milton’s Satan, for instance – want to know what is wrong because they take special or additional pleasure in doing what is wrong – doing, as Satan put it, what he should “abhor”” [Dworkin, 2011: 53].

<sup>4</sup> “Of course, the phenomenon of detached legal statements to which Raz has rightly drawn our attention must be accounted for. I believe that detached legal statements

e.g., sugere que enunciados destacados são parasitários de enunciados internos; já para Eugenio Buligyn, “trata-se de um caso claro de confusão entre lógica e psicologia” [Bulygin, 2013, n.p.].

O problema é que, como referido supra, esses enunciados não seriam meramente hipotéticos (como Gardner entende que são suas afirmações a respeito de Deus) – i.e., não deveriam ser entendidos como antecedidos de uma cláusula como ‘se o direito é legítimo, então...’. O “ponto de vista” da pessoa a quem o enunciado é dirigido (e.g., o judeu ortodoxo) não é parte da proposição, mas seria “predicado” dela (D’Almeida, 2013: 9). Contudo, segundo D’Almeida, há dois problemas que enunciados feitos do “ponto de vista destacado” precisam superar se são, de fato, distintos de enunciados “comprometidos”; primeiro, eles devem ser informativos: “by uttering a detached statement, a speaker must be able to convey some information which was previously unavailable to the hearer”. Segundo, deve haver uma relação entre o conteúdo do ponto de vista da pessoa a quem o enunciado é dirigido e o conteúdo do próprio enunciado, pois a avaliação do valor de verdade depende desse ponto de vista: “it appears to imply that it may be the case that from point of view *x* a token statement may be assessed as true, while from point of view *y* it might turn out to be false” (D’Almeida, 2013: 9)<sup>5</sup>. D’Almeida (2013) conclui que o conteúdo semântico e as

---

can be analyzed as having a meaning that is parasitic on the meaning of committed internal legal statements. What can be shown is the primacy of the meaning of committed internal legal statements, and that should be sufficient to vindicate Hart’s original strategy” [Toh, 2007].

<sup>5</sup> A análise de D’Almeida leva-nos a conceber os enunciados destacados de uma perspectiva relativista, em que tais enunciados referem proposições completas, cujo valor de verdade, contudo, varia de acordo com o ponto de vista do sujeito. Pode-se, porém, sugerir uma alternativa contextualista: parte do conteúdo semântico da proposição deve ser suprido pelo contexto, de modo que o ponto de vista integra a proposição de maneira semelhante a um advérbio – de modo análogo, mas não idêntico, ao antecedente de um condicional. Nesse caso, a proposição seria algo como “deve-se fazer *x* do ponto de vista *L*” – e não apenas “deve-se fazer *x*”, com um valor de verdade *per se*, que varia de acordo com distintos pontos de vista.

Essa parece ser a leitura natural de enunciados referentes a jogos (“você deve rocar”, “volte duas casas”) e receitas (“você deve acrescentar duas xícaras de açúcar”). O problema dessa interpretação é que, de acordo com D’Almeida (2013: 1-2), o objetivo de Raz, ao introduzir a noção de enunciados destacados, seria fornecer uma explicação não reducionista e baseada em fontes para a linguagem normativa no

condições de verdade de um enunciado destacado (como o conselho ao judeu ortodoxo) são idênticos ou aos de um enunciado interno (e.g., “você deve seguir a Torá”) ou externo (e.g., “as leis judaicas exigem que você siga a Torá”), ou o enunciado não é informativo (e.g., “você é judeu”).

De fato, se a diferença crucial entre enunciados destacados e internos é que, no primeiro caso, prescinde-se de uma determinada atitude doxástica ou volitiva<sup>6</sup>, não há razão para considerá-los enunciados distintos; essa diferença apenas demonstraria (contra Gardner) que, para fazer afirmações normativas, não é necessário crer nelas – o que vale para a maioria das afirmações, de qualquer tipo. Isso é evidente para quem aceita que a predicação não muda seu caráter de acordo com o uso ilocutório do discurso<sup>7</sup> – como argumentou Peter Geach ao refutar o *Ascriptivismo* de Hart:

Frege demonstrated the need to make an absolute distinction between predication and assertion [...]. In order that the use of a

---

direito; mas se a leitura contextualista for a correta, o significado das expressões normativas no direito mais semelhante é ao de tais expressões quando utilizadas em jogos e receitas (“você deve rocar”), que de expressões utilizadas em proposições morais. Note-se que, se não se pressupõe que essa explicação da “linguagem moral do direito” precisa ser fornecida para que a prática jurídica ocorra (afinal, práticas morais e jogos antecedem a filosofia da linguagem); e, se assumimos que ela não *pode* ser fornecida (como é o caso de Dworkin), a teoria do “destacamento” torna-se descartável.

<sup>6</sup> Talvez o defensor da tese dos enunciados destacados ainda tente apontar que é um paradoxo alguém dizer “devo seguir a Torá, mas não acredito nisso”; contudo, isso é tão paradoxal quanto “você deve seguir a Torá, mas não acredito nisso” - i.e., trata-se de uma instância do Paradoxo de Moore, sem que precisemos postular qualquer estado mental especial. Se realmente queremos contrastar o ponto de vista interno (do judeu ortodoxo) com o destacado (do estudioso católico), devemos refletir sobre uma sentença do tipo “judeus devem seguir a Torá; você é judeu, mas não acredito que deva seguir a Torá”. Nesse caso, percebemos que ela só foge ao Paradoxo de Moore se as duas ocorrências de “dever” tiverem significados distintos.

<sup>7</sup> Se a análise desse tema se restringisse ao caráter ilocutório do discurso, o debate seria provavelmente mais preciso e claro, e não se falaria de um tipo *ad hoc* de enunciados. Há um contraste interessante entre os *atos de fala* do fiel (e.g., “considerando a Torá, o que devo fazer?”), ou mesmo “devo fazer x, em nome da fé”), do estudioso (“judeus devem seguir a Torá”) e do filósofo ateu com suas hipóteses (“Deus mandou Abraão... Mas, claro, não há nenhum deus, e é provável que nunca tenha havido um Abraão, dependendo da teoria da referência que adotarmos”).

sentence in which "P" is predicated of a thing may count as an act of calling the thing "P," the sentence must be used assertively; and this is something quite distinct from the predication, for, as we have remarked, "P" may still be predicated of the thing even in a sentence used non-assertively as a clause within another sentence. Hence, calling a thing "P" has to be explained in terms of predicating "P" of the thing, not the other way around. For example, condemning a thing by calling it "bad" has to be explained through the more general notion of predicating "bad" of a thing, and such predicating may be done without any condemnation; for example, even if I utter with full conviction the sentence, "If gambling is bad, inviting people to gamble is bad," I do not thereby condemn either gambling or invitations to gamble, though I do predicate "bad" of these kinds of act. It is therefore hopeless to try to explain the use of the term "bad" in terms of nondescriptive acts of condemnation[...] (GEACH, 1960: 224).

Se isso estiver correto, não há um “meio termo” lógico para enunciados de um ponto de vista destacado; as afirmações de alguém que o adota, que são o que interessa à teoria do direito, não seriam distintas das:

- daquele que faz afirmações “comprometidas”, internas ao sistema jurídico, com as mesmas condições de verdade das afirmações feitas por aquele que *acredita* nelas;
- daquele que faz afirmações externas, descrevendo um sistema jurídico (afirmações sobre, e.g., a história ou a sociedade relativa a tal sistema).

No caso do “judeu ortodoxo” de Raz, o “teólogo católico” é apenas alguém que pode tanto fazer afirmações descritivas/externas sobre uma religião (“é assim que eles se comportam...”), como *emular* o as afirmações de um fiel dessa mesma religião.

### **3 HOLMES – UM JUIZ “DESTACADO”**

Um exemplo de jurista e teórico que teria sustentado um ponto de vista destacado seria, aparentemente, Oliver Wendell Holmes Jr., o legendário juiz da Suprema Corte, conhecido por suas ideias filosóficas pragmáticas (afins ao realismo jurídico), seu

declarado ceticismo em relação a obrigações morais e sua aparente deferência para com o direito legislado. Dworkin o menciona com frequência em suas obras; numa ocasião, conta como, após se despedir do Juiz Learned Hand (para quem Dworkin trabalhou em sua juventude), Holmes retornou apenas para dizer ao colega que fazer justiça não era o ‘seu trabalho’ (Dworkin, 2006: 1). Em outra passagem, ele é citado como um paradigma de juiz que não reivindica autoridade legítima para o sistema jurídico (Dworkin, 2006: 200) – o que seria um contraexemplo à tese de Joseph Raz de que “o direito reivindica autoridade legítima”<sup>8</sup>.

Porém, em *How Law claims, what Law claims*, Gardner responde, em defesa de Raz, que a tese da reivindicação não é invalidada quando se cotejam as afirmações de Holmes enquanto teórico com suas crenças pessoais; isto porque a reivindicação é feita *enquanto oficial do sistema* – e Holmes não precisa crer nela:

Holmes, he points out, believed that law is incapable of creating moral obligations. So he could not have believed that law is capable of having moral authority, which is a way of creating moral obligations. So he could not, as a Justice of the Supreme Court, have joined in with the claims that Raz says law-applying officials must make for law. (...)

(...) His [Dworkin] first mistake is to think that what an official claims for the law depends on what “beliefs and attitudes” the official has about or towards the law. (...) That is because, as well as being capable of being true or false, claims are capable of being sincere or insincere. (Gardner, 2012: 128-129)

Cabe observar que Dworkin não está sugerindo que as afirmações de Holmes enquanto juiz precisam ser, necessariamente, consistentes com suas afirmações enquanto teórico<sup>9</sup>; ele sabe que

---

<sup>8</sup> “Dworkin’s theory, one must conclude, is inconsistent with the authoritative nature of law. That is, it does not allow for the fact that the law necessarily claims authority and that it therefore must be capable of possessing legitimate authority. To do so it must occupy, as all authority does, a mediating role between the precepts of morality and their application by people in their behaviour. It is this mediating role of authority which is denied to the law by Dworkin’s conception of it” [Raz, 1996: 225-226]

<sup>9</sup> É irrelevante, para nossa atual discussão, investigar se Holmes, ou qualquer outro

existe esse contraste entre os dois conjuntos de afirmações, e o critica. É por isso, por exemplo, que Holmes é citado como o primeiro exemplo de teoria jurídica “externa” em *Law’s Empire* (Dworkin, 1986: 15). Embora Dworkin não mencione o que Gardner considera o “ponto de vista destacado”, tudo indica que consideraria o ocupante desse ponto como pressupondo uma teoria “cética” sobre o direito – Holmes é apresentado como um exemplo disso. Podemos conceber o “juiz destacado”, portanto, afirmando, em seu ofício, que “x tem uma obrigação y” – conquanto creia, na realidade, que “é falso que x tem uma obrigação y”<sup>10</sup>. Que tipo de teoria poderia embasar essa afirmação?

Uma possibilidade seria que tal juiz sustentasse uma teoria cética geral sobre obrigações morais – em especial, o que Dworkin chama de “ceticismo externo”: que nenhuma proposição moral pode ser verdadeira. Dworkin considera que, a despeito de sua popularidade entre juristas<sup>11</sup>, esse ceticismo é um engano filosófico,

---

juiz, reivindica autoridade legítima em nome do sistema jurídico. De fato, Dworkin criticou, desde *Law’s Empire* até *Justice in Robes*, a ideia de que os oficiais “falam” em nome do sistema:

“Let us call ‘propositions of law’ all the various statements and claims people make about what the law allows or prohibits or entitles them to have. [...] Lawyers and judges and ordinary people generally assume that some propositions of law, at least, can be true or false. But no one thinks they report the declarations of some ghostly figure: they are not about what Law whispered to the planets. Lawyers, it is true, talk about what the law ‘says’ or whether the law is ‘silent’ about some issue or other. But these are just figures of speech”. [Dworkin, 1986: 4]

No entanto, se consideramos que o direito é aquilo que certas autoridades disseram (ou suas implicações), é muito mais plausível imputar-lhe atitudes proposicionais da forma como Gardner o faz; esse uso de “o direito diz que” é afim ao uso de expressões como “a Constituição diz que”, “o STF diz que”, “o Código Civil diz que” - portanto, é tão exemplificado em nossa linguagem jurídica ordinária quanto a versão da “figura de linguagem” de Dworkin.

<sup>10</sup> Estamos assumindo, com Gardner, que o conteúdo semântico de termos como “direito” e “obrigação” é o mesmo em afirmações morais e afirmações jurídicas, é claro.

<sup>11</sup> “[...] the skeptical challenge, sensed as the challenge of external skepticism, has a powerful hold on lawyers. They say, of any thesis about the best account of legal practice in some department of the law, ‘That’s your opinion,’ which is true but to no point. Or they ask, ‘How do you know?’ or ‘Where does that claim come from?’ demanding not a case they can accept or oppose but a thundering knock-down metaphysical demonstration no one can resist who has the wit to understand. And

uma tese auto-refutável<sup>12</sup>. De qualquer forma, não é o que nos concerne aqui, seja porque não é o que Gardner (o qual, como visto supra, defende a tese da inescapabilidade da moral) parece ter em mente em sua crítica, seja porque o ceticismo externo é, no pior caso, irrelevante, pois “deixa tudo como está”: você pode se declarar um cético externo, que fala de obrigações morais como um ator que desempenha um papel, e simplesmente seguir fazendo esse papel:

Essa forma de ceticismo é desvinculada do empreendimento humano que critica: baseia sua crítica em um pressuposto apriorístico, e totalmente geral, sobre os tipos de entidades, de verdade ou conhecimento que são metafisicamente possíveis. Pretende mudar não o modo como levamos nossas vidas, mas as afirmações filosóficas que fazemos. Em minha opinião, o ceticismo externo sempre fracassa porque não consegue caracterizar as afirmações externas que critica, a não ser em forma de metáforas infelizes sobre entidades “bizarras” e coisas do gênero. De qualquer modo, porém, o ceticismo externo não constitui uma ameaça, pois podemos adotá-lo, se quisermos, e continuar a viver e a sentir como fazíamos antes (Dworkin, 2003: 292).

A outra possibilidade seria uma teoria cética sobre o próprio direito; um exemplo de teoria desse tipo seria o pragmatismo jurídico (do qual Holmes teria sido precursor), o qual “nega que a comunidade garanta qualquer benefício ao demandar que as decisões judiciais sejam controladas por algum suposto direito dos litigantes à consistência delas em relação a outras decisões políticas passadas” (Dworkin, 1986: 115 – tradução livre):

---

when they see that no argument of that power is in prospect, they grumble that jurisprudence is subjective only. Then, finally, they return to their knitting—making, accepting, resisting, rejecting arguments in the normal way, consulting, revising, deploying convictions pertinent to deciding which of competing accounts of legal practice provides the best justification of that practice. My advice is straightforward: this preliminary dance of skepticism is silly and wasteful; it neither adds to nor subtracts from the business at hand” [Dworkin, 1986: 85-86].

<sup>12</sup> “An external error skeptic holds that all moral judgments are objectively false, and an external status skeptic that moral judgments do not even purport to be true. Each contradicts himself if his own skeptical judgment is itself a moral judgment; surely he must claim truth for his own philosophical position” (Dworkin, 2011: 41).



It offers a very different interpretation of our legal practice: that judges do and should make whatever decisions seem to them best for the community's future, not counting any form of consistency with the past as valuable for its own sake. So pragmatists, strictly speaking, reject the idea of law and legal right deployed in my account of the concept of law, though as we shall see, they insist that reasons of strategy require judges sometimes to act "as if" people have some legal rights (Dworkin, 1986: 115).

Note-se que isso não significa que um pragmático não possa conceber as ideias ordinárias de direito e obrigação jurídica; ele apenas mantém seu ceticismo em relação à extensão desses conceitos. Contudo, tal jurista, ao agir "como se houvesse" direitos, acaba num dilema: a) ou ele age como se acreditasse em outra teoria do direito, tornando seu "ponto de vista destacado" completamente irrelevante, pois é a visão adotada que qualifica a sua prática e suas afirmações internas<sup>13</sup>, ou b) na medida em que não leva a prática jurídica a sério (ele está como que interpretando um personagem), ele assume uma interpretação que não a explica, nem é coerente com ela:

So pragmatism can be rescued as a good explanation for our cross-section picture of adjudication only by procrustean machinery that seems wildly inappropriate. It can be rescued only if we do not take judicial opinions at face value at all; we must treat all the judges who worry about problematical statutes and precedents as practicing some unmotivated form of deception (Dworkin, 1986: 159).

Dworkin frequentemente analisa a teoria do direito e a interpretação jurídica a partir de analogias com a interpretação literária; no caso do jurista cético, uma analogia ainda melhor é com o teatro: imaginemos um ator que, após a peça, explicasse ao público que quando ele diz, no papel de Hamlet, "estou morto", ele não estava falando sério, que isso era falso (e, por generalização

---

<sup>13</sup> Que outra crítica poderíamos fazer a alguém que em tudo agisse como um homem justo (que, inclusive, para decidir como agir se perguntasse "como um homem justo agiria, se houvesse tal coisa?"), mas que nos informasse que não existe tal coisa como a justiça, exceto que ("felizmente", acrescentaríamos) age de forma (minimamente) irresponsável? Trata-se de um típico (e inofensivo) caso de ceticismo externo.

universal, praticamente todas as afirmações teatrais também). Mais absurdo seria se o ator afirmasse que, na peça, falava em nome do teatro, ou de Hamlet, ou de Shakespeare. Parece que o ator não entendeu algo sobre o jogo de linguagem do teatro: quando, na peça, *Hamlet* diz que está morto, *ele* está falando sério; não precisamos de qualquer teoria sobre a possessão de atores por personagens fictícios para falar dessa forma, apenas de uma teoria da interpretação. Mas o ator, nesse caso, pode se defender referindo que (por algum motivo filosófico, provavelmente) apenas apontou para o óbvio contraste entre sua “ação no mundo real”, inserida num “faz-de-conta” constituído por, entre outras peculiaridades, o agonizar de um príncipe da Dinamarca, e esse próprio faz-de-conta. Qual a razão para designar esse contraste? E, se há um contraste semelhante (no caso, entre a moralidade e o direito), em que circunstâncias um juiz poderia apontá-lo<sup>14</sup>?

Um teórico pragmático, portanto, só consegue expor sua teoria mediante um insulamento radical de sua prática. O ponto não é que tal posição seja lógica ou psicologicamente impossível (ela não o é), nem que dependa, ainda, de afirmações morais questionáveis; para Dworkin, ela é falsa, pois o que define uma teoria do direito como verdadeira é o fato de que é uma melhor interpretação dessa prática<sup>15</sup>. Ela sequer é uma boa teoria sobre como os juízes devem

---

<sup>14</sup> Uma situação em que trivialmente a opinião do oficial (o indivíduo que ocupa um cargo) pode divergir da opinião da autoridade (a instituição reconhecida como tal) é quando esta é um órgão colegiado, como uma corte - e o oficial é apenas um membro. Nesse caso, o agregado das opiniões dos membros da corte pode (em tese) resultar numa decisão que não é apoiada por nenhum deles individualmente, dados alguns pressupostos básicos da teoria da escolha social. Seria, de fato, absurdo que um membro da corte fizesse uma afirmação destacada sobre a decisão final, pois a instituição só existe enquanto produto das regras que a constituem.

<sup>15</sup> Vale recordar (se ainda não está claro) que Dworkin **não** propõe uma teoria sobre a definição de sistemas jurídicos ou sobre a “natureza” do direito (as condições para a aplicação do termo “direito” a uma organização social qualquer, histórica ou contrafactual).

Ainda, ao analisar o jurista cético, estamos imaginando um sistema jurídico suficientemente semelhante ao nosso. Como o interpretativismo não pressupõe uma teoria conclusiva sobre a natureza dos sistemas jurídicos, pode haver um sistema em que a melhor interpretação seja a cética; na realidade, sequer é *inconcebível* que estejamos enganados: que a melhor interpretação para o *nosso* sistema seja igualmente cética (e.g., que nossas práticas jurídicas – quicá até nossa filosofia do

agir, pois não fundamenta, mas apenas pressupõe, a tese de que não existe uma conexão fundamental entre aquilo que o juiz deve fazer, tendo em vista a autoridade em que está investido, e aquilo que o direito é.

Para fundamentar essa distinção entre a afirmação da obrigação enquanto oficial do sistema, e a afirmação ou crença na sua inexistência, é preciso pressupor, desde o início, alguma teoria meta-ética e meta-jurídica, como o que Dworkin chama de “visão de dois sistemas”. Enfim, é a crítica a essa teoria que estudaremos a seguir.

#### **4 A FALIBILIDADE DO DIREITO E A VISÃO DE DOIS SISTEMAS**

Um argumento comum em favor do positivismo é apontar a contingência e a falibilidade moral do direito: leis, decisões judiciais e obrigações jurídicas reconhecidas frequentemente são indiferentes a (e, às vezes, violam) princípios morais. Mesmo que os oficiais do sistema usem uma linguagem com conceitos morais, e mesmo que façam reivindicações/alegações morais em nome do sistema jurídico, é comum que não haja qualquer correspondência entre obrigações jurídicas e obrigações morais. Portanto, a verdade das proposições jurídicas não pode depender de seu mérito moral. Nessa visão, uma sentença como "o aborto é proibido" pode ser considerada “verdadeira-no-sistema-jurídico” (i.e., ela pertence ao conjunto de proposições deriváveis de regras reconhecidas como jurídicas) e moralmente falsa, embora expresse o mesmo conteúdo semântico em ambos os casos; isso porque é prescrita ou derivada de regras jurídicas, mas proscrita por regras morais.

Podemos traçar uma *nova* analogia com o exercício artístico: para um teórico *raziano*, é tentador considerar que sentenças referentes a uma peça (“há algo de podre no Reino da Dinamarca”) podem ter o mesmo conteúdo que sentenças referentes ao mundo real, mas condições de verdade distintas: na peça, a proposição é verdadeira somente se puder ser inferida a partir da performance, ou das afirmações do texto; analogamente, no direito, se derivar das

---

direito - sejam uma encenação visando a manter o poder de uma classe dominante).

fontes<sup>16</sup>. Mas a analogia também aponta três problemas para esse teórico:

a) não é uma teoria plausível da interpretação teatral que somente as sentenças assim deduzidas do texto ou da performance sejam verdadeiras em relação à peça<sup>17</sup> (portanto, o positivismo tem de romper, ao menos parcialmente, com a analogia ao tratar da interpretação<sup>18</sup>);

b) a peça teatral não é apenas uma “imitação” do mundo real no sentido em que uma fotocópia é uma imitação de um documento – ela também é parte do que chamamos de “mundo real”<sup>19</sup> (e a manutenção da analogia poderia nos levar a concluir que o direito também é parte da moralidade);

c) a analogia pressupõe, ao invés de mostrar, que a objetividade da moralidade se fundamenta em algo bastante distinto do que fundamenta a objetividade do direito. Mas, se ambos forem conceitos interpretativos (no sentido dworkiniano), isso (o cerne da analogia) fica comprometido.

Segundo Dworkin, o argumento da falibilidade moral do direito pressupõe, ao invés de provar, a “visão dos dois sistemas” – que direito e moralidade são sistemas completamente separados. Mas isto é circular; sem pressupor uma interpretação dos dois conceitos, o filósofo não pode decidir de que forma eles são relacionados:

---

<sup>16</sup> Nessa linha, assim como é possível que todas as sentenças verdadeiras no direito também sejam moralmente verdadeiras, se a autoridade for legítima e agir corretamente, é possível que todas as ‘sentenças da peça’ sejam atualmente verdadeiras se ela for uma reprodução fiel de fatos.

<sup>17</sup> Mesmo que fosse, ela seria apenas **uma** teoria, bastante paroquial e restritiva, e não poderia excluir a possibilidade de utilizar outras teorias. Dworkin (2001: 199) sugere uma analogia entre uma versão do positivismo e esse tipo de interpretação literária estrita.

<sup>18</sup> Como o próprio Raz (2009: 116-120) o faz ao distinguir entre interpretação literária e interpretação de enunciados da autoridade, além de entre interpretações que conservam e interpretações que criam sentido - mesmo que, frequentemente, não possamos distinguir o tipo de interpretação utilizado.

<sup>19</sup> O que, contudo, sugere que as sentenças da peça e as do mundo real não tem *exatamente* o mesmo valor semântico - i.e., que “morri” dito pelo personagem Hamlet é verdadeiro se e somente um determinado príncipe da Dinamarca morreu em determinada situação.

Here is the orthodox picture. “Law” and “morals” describe different collections of norms. The differences are deep and important. Law belongs to a particular community. Morality does not: it consists of a set of standards or norms that have imperative force for everyone. Law is, at least for the most part, made by human beings through contingent decisions and practices of different sorts. It is a contingent fact that the law in Rhode Island requires people to compensate others whom they injure negligently. Morality is not made by anyone (except, on some views, a god), and it is not contingent on any human decision or practice.

[...]

There is a flaw in the two- systems picture. Once we take law and morality to compose separate systems of norms, there is no neutral standpoint from which the connections between these supposedly separate systems can be adjudicated. Where shall we turn for an answer to the question whether positivism or interpretivism is a more accurate or otherwise better account of how the two systems relate? Is this a moral question or a legal question? Either choice yields a circular argument with much too short a radius (Dworkin, 2011: 402).

A contínua divergência entre Dworkin e os partidários da “visão de dois sistemas”<sup>20</sup>, na realidade, pode ser explicada não apenas por uma compreensão distinta do que é importante no sistema jurídico (e.g., a ênfase na prática jurídica vs. a ideia do sistema de normas), mas também na concepção de moralidade. No caso, a teoria de Gardner parece conceber a moralidade como um sistema universal de razões e normas a serem descobertas (quase como um “reino metafísico do qual os juízos morais são uma descrição” – uma teoria

---

<sup>20</sup> Cabe notar que Raz nega que a moralidade seja uma espécie sistema, mas *apenas* porque não haveria um ponto de vista moral particular:

“I will assume that there are reasons which are not themselves part of any point of view and which determine when it is appropriate to resort to points of view. Now morality, I think, must be part of those background considerations which we resort to in virtue of being rational animals. i.e. reasoning animals. Put it in a different way: there are values and reasons which unconditionally govern our thought. We call some of them moral. Which are moral and which are not seems to me to be a matter of classificatory convenience, and not anything of any great moment” (Raz, 1996: 329-330).

continuamente criticada por Dworkin (Guest, 2013: 133) que o direito poderia, ou não, “imitar”. Mas, como Dan Priel (2011) aponta, é um engano considerar a defesa da conexão entre moralidade e direito, em Dworkin, a partir dessa mesma visão de “sistemas”.

Conquanto, à primeira vista, essa visão da moralidade modelada de acordo com a prática jurídica possa despertar estranheza, podem-se encontrar lições semelhantes em pensadores tão distintos quanto Hilary Putnam<sup>21</sup> e Stanley Cavell<sup>22</sup>, por exemplo. Em Dworkin, o conceito de moralidade resulta tão interpretativo quanto o de direito:

Moral concepts are interpretive concepts. That claim has great significance for moral and political philosophy. It offers to explain, for example, why the popular idea is mistaken that philosophers

---

<sup>21</sup> “The extreme deductivism of much contemporary analytic philosophy may reflect the grip of the problem/solution metaphor. I suggest that our thought might be better guided by a different metaphor - a metaphor from the law, instead of a metaphor from science - the metaphor of adjudication. I shall give an example - one that is bound to be controversial. (But it is part of the metaphor of adjudication that a good example must be controversial) My favorite example of a wise adjudication of a difficult dispute is the Supreme Court’s decision on abortion. [...] In calling the Supreme Court decision “wise,” I am not saying that it is the “last word” on the abortion issue. If it were the last word, it would be a solution and not an adjudication. What I say is that reasonable men and women should agree that it would have been decidedly unwise for the Court either to (1) read Roman Catholic theology into the Constitution; or (2) grant that persons have the right to receive and perform abortions even in the ninth month of pregnancy”. [Putnam, 1992: 181-182].

<sup>22</sup> “There may be historical stretches in which judges habitually either ‘merely apply’ or ‘make’ law; but as a neutral description of the process of deciding cases and criteria together, it presents a false alternative, or a false picture. In reaching his decision, the judge is obliged, in faithfulness to his office, to be open to and to provide arguments of an institutionally recognizable character; and the point of such argument is to allow, if possible, a natural extension of the body of law, which is neither merely applying existent law nor simply making new law. The guiding myth must be that it is not the judge but the case itself which extends the law. Justice will depend upon this being true, and being seen to be true, more often than not. [...] Judges in law do decide the win and loss (leaving aside jury trials) and their extents, and the adversaries are in competition with one another; but what they are in competition for is exactly the favor of the law, so settlement is not determinable here by the score publicly amassed, but only by the favorable or unfavorable response of the law. This is why justice under law depends as essentially upon the obligation of the law to respond as upon its obligation to respond fairly; and hence upon the right and the power to ask for the law’s response” [Cavell, 1999: 12-13].

can provide an “analysis” of justice or liberty or morality or courage or law that is neutral about the substantive value or importance of these ideals. It supports the opinion I offered that “meta-ethics” is a misconceived project. (Dworkin, 2011: 166)

Na realidade, para ele, o direito seria um tipo de moralidade institucionalizada – um ramo da política, que, por sua vez, é um ramo da moralidade<sup>23</sup>. Disso não se infere que não exista diferença entre obrigações morais (em sentido estrito) e jurídicas, que o direito seja sempre justo, etc. A relação é melhor definida quando pensamos no valor do direito (o que implica interpretá-lo): concebê-lo, e.g., como o conjunto de “condições para o exercício da coerção legítima”, ou que os direitos subjetivos (jurídicos) são direitos (morais e políticos), com uma qualidade especial: são exigíveis de órgãos judicantes (Dworkin, 2011: 404). Essa relação do direito com “a moralidade como um todo” pode ser melhor compreendida traçando um paralelo com outros tipos de autoridade:

Here is a banal domestic story: the development of a special moral code or practice for a single family. You have two children: a teenage girl, G, and her younger brother, B. G has promised to take B to a sold-out and much-heralded pop concert for which she has been lucky enough to acquire two tickets. But someone she has been anxious to date calls, and she offers the place to him instead. B protests and comes to you; he wants you to make G keep her word. An army of questions arises. Do you have legitimate associational authority, as a parent, to tell G what to do or to tell B what to accept? Do they have distinct associational obligations to do or to accept what you say, just as your children? If you think that you do have that authority, and that they do have that obligation, then are coercive measures appropriate – threats that will induce G to keep her promise even though she does not wish to do so or does not think that she should? Are there conditions on your use of coercive authority beyond your conviction that she should keep her promise? If so, what are those further conditions? How far are they supplied or shaped by your family’s history? Does it matter – and if so, in what way – how you have exercised your authority on similar occasions in the past? Or, if you have a

---

<sup>23</sup> *Justice in Robes*, pp. 34-5.

partner, how that partner exercised a similar authority? What makes a past occasion similar? What if you have revised your opinion about the importance of promising? (Dworkin, 2011: 407)

Note-se que as objeções positivistas apresentadas contra a teoria do direito de Dworkin poderiam ser replicadas no exemplo da autoridade familiar – poderíamos buscar um “ponto de vista destacado” sobre como essa autoridade arbitra disputas entre os filhos. Isso reforça a analogia; afinal poderíamos dizer que as regras familiares são identificáveis por uma regra de reconhecimento simples (algo como “obedeça aos pais”) relacionada a uma prática social, que são aplicadas por “oficiais do sistema” (os pais e aqueles aos quais eles delegam autoridade – parentes, babás, irmãos...) os quais reivindicam autoridade legítima ou moral, que são formuladas com a utilização de conceitos morais como dever e direito (embora sejam moralmente falíveis ou mesmo ilegítimas), que podem variar de família para família (e, principalmente, de cultura para cultura), que deve ser possível identificar as diretrizes da autoridade sem endossá-las, nem deliberar sobre as razões substantivas que as embasam, nem sobre seu conteúdo... Mas qual seria o *ponto* dessas críticas – dessa teoria positivista da autoridade familiar<sup>24</sup>? Seguramente, são irrelevantes para alguém que busca refletir sobre seu dever familiar; elas apenas referem um contraste trivial entre o que as pessoas efetivamente fazem (os fatos “brutos”) e o que deveriam fazer.

Poderíamos traçar um contraste semelhante entre o que chamamos de moralidade “convencional” (padrões morais aceitos por determinada sociedade) e moralidade “crítica” (o domínio referente a nossos deveres morais genuínos). “Para os antigos romanos, era permitido que um pai assassinasse o filho” é uma sentença ambígua: pode ser interpretada como (a) uma afirmação verdadeira (a interpretação natural para um falante do português, nesse caso) que descreve um fato relativo às convicções de membros de uma certa sociedade (de um “ponto de vista externo”), ou como (b) um enunciado normativo falso (de um “ponto de vista interno”) a

---

<sup>24</sup> No entanto, Raz (1979: 16-17; 152) apela ao mesmo exemplo da autoridade paterna para formular sua teoria da autoridade - que fundamenta sua teoria do direito.



respeito das obrigações morais estabelecidas entre pais e filhos dessa mesma sociedade (a interpretação de um filósofo moral: assassinato é errado, mesmo em famílias romanas).

No primeiro caso, a linguagem utilizada não é propriamente normativa: não é que os antigos pais romanos tivessem um direito-na-moralidade-convencional, mas não o tivessem na moralidade crítica – eles não tinham direito algum. Como tratam de assuntos diferentes, não há desacordo entre a afirmação de (a) e a negação de (b); e, como são duas proposições distintas (basta olhar para as respectivas condições de verdade para constatá-lo), não faz sentido falar de um terceiro “ponto de vista” entre elas.

Não há dúvida de que alguém poderia dizer, com algum sentido, que a moralidade convencional “reivindica”, ou tem a pretensão de ter, correção moral; mas provavelmente isso significa algo como “ao seguir os padrões considerados morais em uma sociedade, as pessoas consideram que estão agindo de forma correta”. Se é assim, não há interesse prático (e a grande questão é saber se há interesse filosófico) em pensar na moralidade “convencional” como um sistema que pretende refletir ou representar o sistema da moralidade “crítica”: ou estamos descrevendo os costumes de uma determinada sociedade, ou estamos participando desse empreendimento chamado moralidade.

A vantagem dessa visão integradora do direito e da moralidade permite pensar em nossas obrigações políticas não como uma questão de obedecer às “decisões políticas da comunidade uma a uma”, ou de apenas convergir com os demais a respeito dos seus princípios e compartilhar dos valores destes, “como os filósofos políticos costumam representá-la”; ela se torna “uma ideia mais protestante: fidelidade a um esquema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, de forma última para si mesmo, como o esquema de sua comunidade” (Dworkin, 1986: 190 – tradução livre).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Embora a ideia (da qual partimos) de que não se pode “conceber” uma proposição jurídica sem endossá-la (ou sem aceitá-la) seja altamente implausível para qualquer teoria do direito, ela

parece captar aspectos verdadeiros da teoria de Dworkin, como a inexistência de um ponto de vista destacado – além da ideia de que a correção de uma proposição jurídica, assim como a correção de uma proposição moral, depende das razões que possam ser oferecidas a seu favor. Mas disso não se infere que, sem prover tal argumento (ou sem levá-lo a sério), nossas afirmações sejam, *por isso*, falsas ou incompreensíveis – apenas que não estamos justificados em sustentá-las<sup>25</sup>. Nesse caso, podemos estar sendo juristas irresponsáveis (como no exemplo de Gardner do juiz que está apenas preocupado com seu salário), como as pessoas frequentemente o são ao agir de forma irrefletida, ou contra aquilo que consideram ter mais razões para fazer – e, por isso, é bastante provável que estejamos equivocados sobre o *status* moral do direito. Ou pode ser nossa teoria mais abstrata que está errada: O. W. Holmes é considerado um dos maiores juízes da história dos EUA; mas suas ideias sobre o direito (e, principalmente, sobre a moralidade) são profundamente tanto por Dworkin quanto por Gardner - embora ambos lhe tenham rendido homenagem ao mencioná-lo em suas discussões.

Juristas podem pronunciar enunciados internos a um sistema jurídico sem os endossar – mas isso não é uma peculiaridade de um ponto de vista único em relação a sistemas normativos: algo afim pode ser dito sobre juízos morais. É claro, isso levanta o risco de atitudes proposicionais *mooreanas* – a exemplo do paradoxo da autoridade (Peres, 2019); mas o paradoxo não desaparece ao invocarmos um novo ponto de vista. Da mesma forma, nós podemos apresentar a teoria de Dworkin sem endossá-la: é provável que sua concepção interpretativista da moralidade e do direito esteja, em última análise, errada, e que: a) ou o nihilismo moral é verdadeiro, ou o é uma teoria determinada sobre o valor último de estados de coisas (conquanto seja impossível conhecê-la), a qual independe de nossas práticas e decisões passadas; b) alguma versão do positivismo (como o incorporacionismo, em que princípios morais são incorporados ao direito) seja uma teoria mais adequada dos sistemas

---

<sup>25</sup> Afinal, para Dworkin, um juízo de valor é verdadeiro em virtude da argumentação que *se pode* fornecer em seu favor - não em virtude da argumentação que efetivamente fornecemos (do contrário, seria difícil reivindicá-lhes objetividade), muito menos em virtude da explicação de como formamos a crença [Guest, 2013: 160].

jurídicos modernos. Mas, nesse caso, nosso endosso seria um mero fato psicológico, que não afeta nem o valor de verdade, nem o significado das sentenças que emitimos a respeito.

## REFERÊNCIAS

BULYGIN, Eugenio. Algunas respuestas a los críticos. **Analisis Filosófico**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, v. 33, n. 2, nov. 2013.

CAVELL, Stephen. **The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality and Tragedy**. New York: Oxford University Press, 1999

DUARTE D'ALMEIDA, Luís. Legal Statements and Normative Language. **Edinburgh School of Law**, Research Paper No. 2013/03. Disponível no SSRN: Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2206811>>. Acesso em: 9 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Belknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Massachusetts: Harvard University Press, 2011

GARDNER, John. **Law as a leap of faith: Essays on Law in General**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GEACH, Peter T. “**Ascriptivism**”, in *The Philosophical Review*, LXIX (1960), pp. 221-225. Disponível em: < <http://www.hist-analytic.com/Geach2.htm>>. Acesso em: 9 set. 2019.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3ª Ed. Stanford: Stanford Law Books, 2013.

HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 1994

PERES, Ramiro de Ávila. Do desacordo ao paradoxo da autoridade: uma análise da concepção de serviço de autoridade à luz da teoria do ‘ponto-

- cego', de R. Sorensen. **Dissertatio**, n. 48, p. 242-257, 2019. Disponível em: <periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/11471/0>. Acesso em: 9 set. 2019.
- PRIEL, Dan. "The Place of Legitimacy in Legal Theory". **McGill Law Journal**, Vol. 57, No. 1, 2011. Disponível no SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1566825>>. Acesso em: 9 de setembro de 2019.
- PUTNAM, Hilary. **How not to solve ethical problems**. In: Realism with a Human Face, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.
- RAZ, Joseph. **The Authority of Law: essays on law and morality**. New York, Oxford University Press, 1979.
- RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain**. New York: Oxford University Press, 1996.
- RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2002.
- RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason**. New York: Oxford University Press, 2009.
- ROOJEN, Mark van. "Moral Cognitivism vs. Non-Cognitivism". In: Edward N. Zalta (ed.), The Stanford Encyclopaedia of Philosophy. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/moral-cognitivism/>>. Acesso em: 9 set. 2019.
- TOH, Kevin. "Law as a Leap of Faith, de John Gardner". In Notre Dame Philosophical Reviews. Disponível em: <<http://ndpr.nd.edu/news/39497-law-as-a-leap-of-faith/>>. Acesso em: 9 set. 2019.
- TOH, Kevin. Raz on Detachment, Acceptance and Describability. **Oxford Journal of Legal Studies**, n. 3, p. 403-427.

## VERDADE E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: UMA CRÍTICA À TEORIA DE DWORKIN

Guilherme Boff\*

### 1 O DIREITO COMO INTERPRETAÇÃO: DWORKIN E O DIREITO COMO PONTO DE VISTA INTERNO

A teoria do direito de Dworkin aponta, em todos os seus aspectos, a um valor último, fundamental e axiomático, segundo o qual todos os conflitos substanciais são decididos: sua teoria liberal do direito. Tal asserção não é algo implícito nas obras deste autor. Já no início de *Levando os Direitos a Sério* ele afirma: “os diferentes capítulos deste livro definem e defendem uma teoria liberal do direito.”<sup>1</sup> Do mesmo modo se encontra em *Uma Questão de Princípio*:

Este é um livro sobre questões teóricas fundamentais da filosofia política e da doutrina jurídica: sobre o que é o liberalismo e por que ainda precisamos dele, se devemos ser céticos quanto ao Direito e à moralidade, como a prosperidade coletiva deve ser definida, o que é a interpretação e até que ponto o Direito é antes uma questão de interpretação que de criação.<sup>2</sup>

Essa postura liberal de Dworkin, por outro lado, como o próprio autor admite, é uma posição moral política e não uma posição moral filosófica, ou seja, não é uma visão de mundo que apela a uma objetividade última. É apenas a opção por uma teoria

---

\* Professor da Faculdade de Direito da UFRGS, doutor em Filosofia do Direito pela mesma instituição.

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. VII.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. p. VII.

política que o autor julga mais adequada historicamente.<sup>3</sup> Desse modo, o axioma de todo o sistema de Dworkin possui o estatuto epistemológico de posição política. E isso é o que definitivamente importa para as pretensões deste texto.

Há, entretanto, um sinuoso caminho a percorrer na interpretação jurídica desde a tese da resposta correta (ou melhor resposta) até o seu apelo à teoria política liberal. Dworkin inicia, então, esse trajeto afirmando a tese de que as convicções políticas influenciam decisivamente na interpretação do direito: “*a prática jurídica é uma exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política.*”<sup>4</sup> Por detrás de toda decisão jurídica, portanto, está a sua adequação com a teoria substancial ético-política do liberalismo de corte individualista igualitário professada pelo autor, de modo que todo juízo jurídico deve promover os valores de tal doutrina. Consonantemente a isso, Dworkin se filia, portanto, a uma concepção substancial de Estado de Direito, uma concepção centrada nos direitos individuais, contrapondo-se, portanto, à visão utilitarista do direito da tradição de Bentham.<sup>5</sup> Será função do judiciário, desse modo, estar sempre a serviço desses *rights* e, por tal razão, lhe será permitido o uso de argumentos de princípio político, mas não de procedimento político, uma vez que estes argumentos visam a promover alguma concepção de bem-estar geral, o que Dworkin rechaça.<sup>6</sup>

Assim, é nesse contexto que se concebem os princípios, em contraposição às regras, na teoria jurídica de Dworkin. Se o critério último do direito é a preservação dos chamados direitos morais (individuais), o tribunal é o lugar onde se deve reclamar tais direitos, e inclusive a legislação deve assumir como função dizer quais direitos (*rights*) cabe a cada um.<sup>7</sup> Tem-se aqui, portanto, uma teoria jurídica fundada na noção de *rights*, direitos subjetivos, e não na

---

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 259.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 217.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 92.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 6.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 14/15.

noção de *lex e ius*, direito objetivo. Desse modo, também os princípios devem refletir esses direitos morais, em vez de expressarem alguma ideia de justiça. Sendo assim, os princípios são mais propriamente ético-políticos que jurídicos, pois devem carregar todo substrato valorativo da teoria liberal que o autor professa. São esses princípios, de conteúdo garantido por tal teoria política, que guiarão o julgador lá onde as regras não conseguem alcançar. Ao se deparar com um *hard case*, portanto, o julgador deve buscar os princípios que estão por trás da lei.<sup>8</sup> E, dada a vagueza do conteúdo dos princípios, o julgador os preencherá com aquele conteúdo que melhor responder às exigências da teoria política mais apropriada.

Desse modo, o princípio é o recurso último do direito: ele está nos limites do direito, nas suas fronteiras com a política. É nesse ponto, então, que Dworkin faz depender a tese da resposta correta da sua teoria liberal, uma vez que, para ele, a pureza do juízo jurídico é uma promessa que não pode ser cumprida, pois:

[Q]ualquer justificativa para uma formulação e, portanto, para um entendimento do que os constituintes pretenderam, deve ser encontrada não na história, na semântica ou na análise conceitual, mas na teoria política. Deve ser encontrada, por exemplo, num argumento de que uma concepção ajusta-se melhor à teoria mais convincente de governo representativo.<sup>9</sup>

Partindo desse fundamento político do direito, chega-se à parte da funcionalidade interna da teoria da interpretação jurídica de Dworkin: sua tese da resposta correta e sua teoria narrativa.

Primeiramente, a tese da resposta correta afirma que, mesmo para os casos controversos, o direito contém uma resposta correta, ainda que os julgadores não saibam qual é ela. Entretanto, essa resposta correta ao caso não diz respeito a critérios morais exteriores à prática político-jurídica, mas apenas a critérios internos a essa própria prática histórica. Desse modo, Dworkin explica que é em questões dispositivas que há uma resposta correta, o que garante a busca de uma verdade do silogismo jurídico mesmo havendo

---

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 24.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 77.

controvérsia quanto à premissa menor.<sup>10</sup> Tal fato Dworkin deixa muito claro ao usar o exemplo do jogo de tênis. Todos conhecem a regra de que o juiz deve marcar falta se o saque cair fora da quadra. A questão é se, no caso, o saque caiu dentro ou fora das linhas. Embora haja controvérsia quanto a essa premissa menor, ninguém discute que há uma resposta certa para esse caso. Não se discute o que significa a regra, apenas a interpretação do fato que ela regula. E do mesmo modo se dá no exemplo dos contratos sacrílegos<sup>11</sup>, a respeito do qual ninguém discorda de que são inválidos. Mas, um contrato assinado no domingo pode ser considerado sacrílego? Assim, a tese da resposta correta é respaldada pelo fato de que ela se dá no nível de questões dispositivas como “contrato válido”, enquanto a controvérsia se dá quanto ao contrato assinado no domingo ser sacrílego ou não.

O comentarista de Dworkin, Stephen Guest, oferece outro exemplo: há um concurso que consiste em fazer os competidores responderem a perguntas sobre astros do rock e ainda comporem *jingles* que promovam uma marca de cereal usando as melodias dos roqueiros. Cinco competidores terminam empatados na primeira posição, respondendo corretamente a todas as perguntas e compondo os *jingles* dentro do limite de palavras previsto. A questão é: quem deve ganhar o prêmio? Há critérios objetivos para que os juízes decidam ou eles podem decidir arbitrariamente? A resposta, então, seria a de que o melhor candidato é aquele que satisfizer os critérios dados pela melhor compreensão da competição, ou seja, haveria um critério objetivo interno à prática, embora implícito, que permitiria apontar o vencedor devido. Os critérios poderiam variar entre a canção que foi mais poética, ou a que prende mais a atenção, ou a mais literária, ou a quem tem mais apelo comercial. Mas certamente, pela compreensão da competição, não seria a melhor decisão aquela que utilizasse como critério a canção que apelasse, por exemplo, ao desarmamento nuclear. Guest frisa que:

---

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 177/182. Pelo fato de estar a se utilizar aqui o termo “silogismo jurídico” não se quer qualificar Dworkin como um defensor da lógica jurídica formal. Pelo contrário, é na sua visão interpretativa que se qualificam as premissas do silogismo.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 175/7.



[O] ponto é que o juiz do cereal não opera, mesmo com as poucas regras a seu dispor, como se não houvesse resposta correta. Ele não poderia, sob pena de não ter como emitir uma decisão considerada. O mesmo poderia ser dito, notemos, de qualquer crítico da decisão do juiz. Então, de um ponto de vista interno, a tese da nenhuma-resposta-correta não é uma interpretação plausível.<sup>12</sup>

Com isso, o autor afirma que a resposta correta diz respeito à interpretação que condiz com a melhor compreensão da prática em questão, ou seja, é uma resposta correta desde um ponto de vista interno à prática. É nesse ponto que se dá, a exemplo, o debate que Dworkin trava com seu mestre Hart, que, herdeiro de Bentham e Austin, utiliza-se da separação entre o que o direito é e o que ele deve ser.<sup>13</sup> Desse modo, para Hart, não havendo regras que pudessem decidir a questão, os juízes do concurso poderiam decidir conforme seu arbítrio<sup>14</sup>, justamente a tese que Dworkin quer desmitificar.

A tese da resposta correta de Dworkin, do modo como ele a apresenta, é, portanto, direcionada contra a tese do positivismo jurídico que defende o que ele chama de “argumento da controvérsia”. Os partidários desta tese objetam a Dworkin que a sua tese da resposta correta não se sustentaria em razão de ela não ser demonstrável, de modo que não passaria por esse teste principal de validação e objetivação de uma teoria.<sup>15</sup> A resposta de Dworkin, entretanto, não foge ao embate epistemológico e afirma que os defensores da tese da demonstrabilidade estão, na verdade, exigindo que se mostre um fato ou uma regra, uma vez que estariam encerrados na postura empirista do juspositivismo. O fato é que Dworkin pretende justamente fugir à tentação desse empirismo. Para isso, ele afirma uma certa objetividade moral, calcando-se na evidência de fatos morais como, por exemplo, a injustiça da escravidão. Afirma, portanto, o autor:

---

<sup>12</sup> GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. p. 144. Guest afirma nesta obra que o citado exemplo costumava ser utilizado pelo próprio Dworkin em seus seminários.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Caps. 1, 2 e 3.

<sup>14</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. p. 139/142. Em seu **Post Scriptum al Concepto de Derecho**, cap. VI, Hart defende-se da acusação de que sua tese defenderia um arbítrio puro na textura aberta, mas ainda rechaça a tese da resposta correta.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 204.

[P]retendo apenas supor que uma determinada instituição social, como a escravidão, pode ser injusta, não porque as pessoas pensam que é injusta ou têm convenções segundo as quais ela é injusta, ou qualquer coisa do tipo, mas apenas porque a escravidão é injusta. Se existem tais fatos morais, então pode-se racionalmente supor que uma proposição de direito é verdadeira mesmo que os juristas continuem a discordar quanto à proposição depois de conhecidos ou estipulados todos os fatos concretos. Pode ser verdadeira em virtude de um fato moral que não é conhecido nem estipulado.<sup>16</sup>

Assim, reafirma sua postura epistemológica avessa à do juspositivismo: “*a tese da demonstrabilidade, portanto, parece depender de uma resposta à pergunta acerca do que existe.*”<sup>17</sup> A concepção de realidade que a tese de Dworkin abarca, portanto, afirma que “*existe alguma outra coisa no mundo além de fatos concretos*”<sup>18</sup>; e essa alguma outra coisa inclui fatos morais bem como fatos narrativos e de coerência narrativa. Entretanto, quanto à resposta correta, ela se dá dentro de uma prática. É nesse ponto que Dworkin apresenta a sua teoria narrativa.

A teoria narrativa de Dworkin, onde direito e literatura se assemelham, parte de uma concepção interpretativa do direito, de modo que a prática jurídica é um exercício de interpretação, combinando elementos de descrição e de valoração do direito. Ele ainda complementa essa concepção com a negação da tese de que o intérprete jurídico deve se direcionar à descoberta da intenção psicológica do legislador, “*do contrário, torna-se simplesmente uma versão da tese positivista de que as proposições de direito descrevem decisões tomadas por pessoas ou instituições no passado.*”<sup>19</sup> Desse modo, Dworkin quer propor um modelo de interpretação que está adstrito aos limites do texto e, ainda sendo mais de uma interpretação possível, a melhor será aquela que mostrará a obra como a melhor que ela pode ser.<sup>20</sup> Essa é, portanto, a chamada “hipótese estética”, que afasta o relativismo da interpretação.

---

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 205/6.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 206.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 205.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 220.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 223.

Nota-se que, com isso, Dworkin já está pressupondo uma epistemologia que dá conta da existência de fatos como os de coerência narrativa. E em razão desses fatos, o texto apresenta seus limites interpretativos, de modo que essa restrição oferecida pelo texto permite que se estabeleçam critérios interpretativos, tanto formais quanto substantivos. Os critérios formais, então, dizem respeito a) à identidade da obra, de modo que o texto estipula uma restrição severa em nome de sua identidade, devendo todas as palavras ser tomadas em consideração e nenhuma pode ser mudada a fim de torna-lo uma obra melhor; b) à coerência ou integridade da obra, ou seja, uma interpretação não pode tornar uma obra de arte superior se trata grande parte do texto como irrelevante, pois é das partes do texto que se busca aquilo que lhe dá mais unidade. Já os critérios substantivos indicam, em suma, que a interpretação é orientada segundo certas concepções valorativas e normativas de uma obra de arte, ou seja, segundo uma teoria estética (dependente do gosto) sobre o que é bom na arte.<sup>21</sup>

Esses critérios narrativos comprovam um aspecto importante que subjaz à teoria da interpretação jurídica de Dworkin: o ponto de partida, para se entender e avaliar a obra, é o engajamento narrativo, ou seja um ponto de vista interno à obra, o que se exemplifica pelo fato de que *“um romance ou uma peça podem ser valiosos em inúmeros sentidos, alguns dos quais descobrimos lendo, olhando ou escutando, não mediante uma reflexão abstrata de como deve ser e para que deve servir a boa arte.”*<sup>22</sup> Dworkin, então, reitera o argumento afirmando que não seria possível interpretar a partir de um ponto de vista externo, de modo que nenhuma teoria estética poderia justificar uma interpretação na ausência da experiência direta da obra que está sendo interpretada. Com isso, Dworkin rechaça um relativismo na interpretação, mas também nega uma objetividade aos moldes positivistas. Resta uma objetividade adstrita ao ponto de vista interno, uma objetividade que é garantida pelo engajamento narrativo e pelas concepções valorativas sobre a arte. A interpretação, para Dworkin, é um empreendimento, uma instituição pública, de modo que é errado supor a *priori* que as proposições centrais a qualquer

---

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 222/5.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 225.

empreendimento público devam ser passíveis de validação. Dworkin, então, assume o ponto de vista interno, do sujeito engajado, onde os critérios da interpretação aparecem dentro da própria prática do texto. Assim, ele parece seguir a lição daquele que exerceu grande influência em seu mestre Hart, Wittgenstein, para quem “*a linguagem é uma parte da atividade ou de uma forma de vida.*”<sup>23</sup> Desse modo, Dworkin atém-se à internalidade da forma de vida e abandona a objetividade própria do espectador totalmente externo à prática. Aqui, então, a lição de Wittgenstein, é novamente muito precisa: “*pois os problemas filosóficos nascem quando a linguagem entra em férias*”<sup>24</sup>, ou seja, surgem quando a linguagem é analisada fora de seu contexto, fora de sua prática.

Com tal concepção narrativa da interpretação, Dworkin afasta também a ideia de uma remissão a uma intenção psicológica do autor/legislador, usando para isso o exemplo do romance em cadeia. É o jogo de seguir uma narrativa, no mesmo sentido do *suivre une histoire* de Ricoeur.<sup>25</sup> Essa concepção impõe aos romancistas a responsabilidade de seguir a narrativa, de modo que cada um deles deve respeitar o que já foi escrito antes, em nome da coerência e identidade do texto. Desse modo, não cabe falar-se aqui em intenção psicológica do autor, uma vez que a obra é coletiva e, apesar de eventuais divergências sobre o que está sendo produzido, cada um dos romancistas na cadeia tem alguma ideia do que lhe está sendo pedido. Desse modo, diferencia-se interpretação e criação da obra, uma vez que cada autor deve primeiro interpretar a história já produzida para, então, leva-la adiante. Segundo Dworkin, enfim, decidir casos controversos no direito é um jogo mais ou menos como esse, uma vez que “*cada juiz é como um romancista na corrente.*”<sup>26</sup> Então, seguir uma história redundante em seguir um precedente, onde o juiz tem a responsabilidade de apreender qual é o “tema” da decisão.

Entretanto, a interpretação jurídica embora parta da prática, também apela a elementos mais gerais, de modo que uma interpretação plausível da prática jurídica deve passar por um teste de

---

<sup>23</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas.** § 23.

<sup>24</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas.** § 38.

<sup>25</sup> RICOEUR, Paul. **Temps et Récit I.** p. 211/9.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** p. 238.

duas dimensões: a) ajustar-se a essa prática e, b) demonstrar sua finalidade ou valor. E é exatamente nessa remissão à finalidade ou valor que Dworkin rechaça o recurso à intenção psicológica do autor para sua apreensão e afirma a remissão à teoria política, à compreensão política. E esse será o valor último do intérprete. A escolha do sentido mais apropriado, portanto, não pode remeter à intenção de ninguém, mas a uma questão de teoria política. Sendo assim, Dworkin, reafirma que o direito é um empreendimento político cuja finalidade geral é coordenar o esforço social e individual, de modo que uma interpretação jurídica deve demonstrar seu valor demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. Transpõe-se, assim, a teoria da “hipótese estética” para uma “hipótese política”: “*o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor.*”<sup>27</sup> Quando dois princípios jurídicos diferentes, por exemplo, encontram apoio suficiente no passado para decidir de modo diferente, então será a teoria política substantiva que decidirá qual deve prevalecer, embora, reconhece Dworkin, as convicções políticas de um juiz não necessariamente serão compartilhadas por outros.

A questão a que se chega, portanto, é a da objetividade da interpretação jurídica. Por um lado, tem-se uma resposta correta dentro de uma narrativa, mas ela remete a um valor ou finalidade externo a ela, uma teoria política. Por outro, como dito no início do capítulo, essa teoria política é uma posição política, que, portanto, não necessariamente gozará da aceitação de todos os juízes. E, segundo Dworkin, acima de argumentos ético-políticos, só se pode dar mais argumentos ético-políticos.

No que tange à objetividade, Dworkin preocupa-se, em primeiro lugar, em afastar a sua teoria do rótulo de adotar uma concepção metafísica da interpretação, segundo a qual os significados estão “simplesmente ali” no universo a serem descobertos. Para o autor, essa concepção redundaria no mesmo modelo de objetividade adotada pelo positivismo e do qual ele intenta escapar. Seria a objetividade própria à descoberta de fatos concretos. Assim, não é porque defende a tese da resposta correta que, então, ele estaria pressupondo esse tipo de objetividade.

---

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 240.

Dworkin defende, assim, uma concepção nem puramente objetivista nem puramente subjetivista, mas interpretativa do direito, ou seja, uma concepção que torne o direito o melhor possível.<sup>28</sup> O fato é que o ataque a Dworkin revela algo que está por detrás da filosofia jurídica contemporânea: o falso dilema entre a objetividade própria das Ciências da Natureza, ou seja, a objetividade do “simplesmente ali”, que garantiria uma resposta correta, e o subjetivismo, própria das Ciências do Espírito, relegando a interpretação à remissão aos valores do intérprete, de modo que qualquer resposta seria possível, pois intérprete não propriamente interpreta, mas cria o sentido da obra. Em nenhum dos modelos, portanto, Dworkin pretende classificar a sua teoria.

Nesse sentido, Dworkin enfrenta uma interessante objeção à sua teoria, que a acusa de ser subjetivista: uma interpretação não pode ser nem verdadeira nem falsa, nem boa nem má porque Dworkin faz com que a correção de uma interpretação dependa de qual leitura de um romance ou doutrina jurídica torna-os melhores (esteticamente ou politicamente) e não há nenhum resultado objetivo em tal julgamento, apenas reações subjetivas.<sup>29</sup> Dworkin responde, então, que acima da prática, do ponto de vista interno, “*não tenho nada a favor da objetividade dos julgamentos morais a não ser argumentos morais, nada a favor da objetividade dos julgamentos interpretativos a não ser argumentos interpretativos.*”<sup>30</sup> Nesse sentido, escapando-se ao tema da objetividade da teoria política ou da teoria estética, ele afirma: “*acredito, por exemplo, que a escravidão é injusta nas circunstâncias do mundo moderno.*”<sup>31</sup> Desse modo, Dworkin parece filiar-se a um historicismo, ao conceber a objetividade de tal julgamento moral, apenas em razão de circunstâncias históricas, ou seja, a partir de um ponto de vista interno à época. O relativismo das teses do historicismo é algo que já foi demonstrado por Strauss<sup>32</sup> e evidencia-se pela seguinte razão: hoje é a escravidão é moralmente má; amanhã pode ser moralmente boa. Dworkin, então, parece encaminhar-se para uma objetividade no

---

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 252.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 253.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 257.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 258.

<sup>32</sup> STRAUSS, Leo. **Natural Right and History**. p. 9/34.

ponto de vista interno e um ceticismo no ponto de vista externo.

A teoria de Dworkin chega, então, aos seus limites, o que faz o autor frear, então, a defesa da objetividade de sua teoria:

[P]ortanto, não tenho nenhum interesse em tentar compor uma defesa geral da objetividade de minhas opiniões interpretativas, jurídicas ou morais. Na verdade, penso que toda a questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea nessas áreas, é um tipo de embuste. Deveríamos ater-nos a nosso modo de ser.<sup>33</sup>

Tal desabafo do autor revela, entretanto, algo de suma importância: no estado atual do debate filosófico contemporâneo a questão da objetividade revela-se realmente como um embuste, uma vez que só se confere objetividade a um tipo de saber capaz de passar no teste epistemológico positivista: o saber das Ciências da Natureza. O embuste, do qual Dworkin não consegue sair, revela que, em alguma medida, Dworkin utiliza essa mesma epistemologia própria às Ciências da Natureza em sua teoria da interpretação jurídica, o que parece não ser o seu intento.

Mesmo assim, Dworkin refuta a concepção de objetividade do cético. Para o autor, o sentido dos argumentos morais e interpretativos é dado pelo contexto dos argumentos morais e interpretativos, ou seja, eles assumem um sentido somente dentro de uma prática.<sup>34</sup> Desse modo, Dworkin intenta reafirmar a objetividade de sua teoria em oposição ao ceticismo. Para isso, então, ele estabelece a diferença entre ceticismo interno e ceticismo externo. O interno, mais propriamente adotado pelo positivismo jurídico, afirma uma visão controversa sobre a finalidade ou natureza da interpretação, de modo que a interpretação e criação não se diferenciam, ou seja, o julgador pode decidir como quiser. Já no ceticismo externo, há uma suposição de que o sujeito pode se colocar ao lado de fora do empreendimento da interpretação (ponto de vista externo) e julgar as interpretações como falsas ou desprovidas de sentido em relação a um padrão supostamente mais objetivo, ou seja, confrontando-as com alguma realidade externa à prática. Dworkin, assim está tentando refutar o ceticismo próprio ao voluntarismo

---

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 258.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 262/3.

positivista, que afirma que todas as respostas têm o mesmo valor, não podendo nenhuma ser certa ou errada, melhor ou pior.

Enfim, pode-se afirmar, portanto, que a prática é o direito conforme ele se apresenta historicamente à comunidade a que pertence. Dentro dessa prática quase sempre há respostas corretas para os casos jurídicos,<sup>35</sup> de modo que, em casos controversos, a resposta correta será dada por aquela interpretação que melhor se coadunar à teoria política que sustenta o direito, ou seja, o liberalismo. Enfim, há uma objetividade interna ao direito condicionada, em última instância, por valores exteriores a ele, que possuem o estatuto epistemológico de posição política, ou seja, a objetividade parece confinada à internalidade da prática, mas não à sua justificação externa.

## 2 RICOEUR E A CRÍTICA AO MODELO DE DWORKIN

Na obra de Ricoeur, encontra-se uma crítica direta a três modelos de hermenêutica jurídica, quais sejam, a da aplicação do direito como tentativa de desvendar a psicologia do autor legislativo (intenção subjetiva do autor),<sup>36</sup> a do direito como argumentação (Alexy), e a do direito como interpretação (Dworkin).<sup>37</sup>

Entretanto, em última instância, há uma crítica geral que Ricoeur apresenta aos três modelos: em que pese buscarem uma objetividade no juízo de aplicação do direito, tais projetos falham em razão de não conceberem adequadamente uma objetividade no campo das ciências do espírito.<sup>38</sup>

Em primeiro lugar, é importante apresentar-se um quadro geral de como as teorias da hermenêutica jurídica poderiam colocar-se frente às exigências epistemológicas de uma hermenêutica geral:

---

<sup>35</sup> Dworkin afirma que são raras as ocasiões em que não há nenhuma resposta correta no ordenamento jurídico. *in* **Uma Questão de Princípio**. p. 176 e 211.

<sup>36</sup> RICOEUR, Paul. **Du Texte à l'Action**. p. 31/32.

<sup>37</sup> RICOEUR, Paul. **Interpretação e/ou Argumentação**. *in* **O Justo 1**. p. 153/173.

<sup>38</sup> Nota-se ser esse o intento principal da filosofia hermenêutica de Paul Ricoeur, que é alcançada somente adequando-se as exigências epistemológicas às exigências ontológicas, de modo que não se pode aplicar os mesmos padrões epistemológicos das Ciências da Natureza a um campo tão diverso quanto o das Ciências do Espírito. RICOEUR, Paul. **Du Texte à l'Action**. p. 137/182.



a) **Objetivismo puro (racionalismo):** representa o idealismo de uma só resposta certa que assume grau de certeza. Em suma, configura-se como um modelo cético quanto à objetividade das ciências do espírito, pois o modelo responsável por levar à resposta certa é das ciências da natureza e o é porque as ciências do espírito não seriam capazes de tal empreitada por dependerem de juízos interpretativos e avaliativos, que seriam, portanto, subjetivos. Assim, ao aplicar o modelo epistemológico das ciências da natureza ao plano das ciências do espírito, acaba fundindo os dois planos e descaracterizando totalmente a natureza desse último. Enfim, apesar de objetivista, tais modelos são céticos quanto à verdade e objetividade nas ciências do espírito; b) **Relativismo puro:** acaba implicando na tese “qualquer resposta”, ou seja, como juízos valorativos e interpretativos são totalmente subjetivos, então todas as respostas possuem o mesmo valor quanto ao seu conteúdo. Sendo assim, a tese do relativismo puro apresenta o mesmo ceticismo do objetivismo puro acima exposto, embora mantenha o cuidado de não confundir os planos das ciências da natureza e das ciências do espírito. Assim, no primeiro plano haveria objetividade, enquanto o segundo restaria relegado ao subjetivismo; c) **Interpretativo:** configura-se como um modelo que adota a posição de certa objetividade nas interpretações, sendo que umas podem ser consideradas melhores que outras ou ainda, em casos mais extremos, a única, de fato, correta. As respostas aqui permitem serem avaliadas quanto ao seu conteúdo ontológico como melhor/pior, boa/má, certa/errada. Essa posição, portanto, assume uma metodologia própria às ciências do espírito, uma vez que permitem a avaliação de juízos interpretativos e reflexivos, que se qualificam como melhor ou pior em razão de sua maior ou menor adequação com a realidade dos assuntos humanos. Sendo assim, essa posição separa o método das ciências da natureza para os assuntos naturais e o método das ciências do espírito para os assuntos humanos, sendo que em ambos se alcança verdade e objetividade, cada um de seu modo específico.

Essa tripartição, entretanto, diz respeito apenas a uma objetividade interna, em contraposição ao ceticismo interno tal como exposto por Dworkin,<sup>39</sup> ou seja, diz respeito apenas à metodologia

---

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 265.

empregada frente ao texto legal para atingir-se a melhor decisão no caso concreto. Desse modo, não diz respeito a uma justificação desde um ponto de vista externo da teoria da interpretação que se adota. Assim, Ricoeur apresenta objeções mais fortes quanto às teorias psicológicas (focada principalmente na hermenêutica de Schleiermacher) e formais (Robert Alexy).

Já a crítica à interpretação jurídica de Dworkin aparece de modo mais sutil na obra de Ricoeur. Isso se dá por uma razão bastante clara: ao adotar um ponto de vista interno, utilizar-se de juízos reflexivos e assumir a interpretação jurídica aos moldes de um romance em cadeia, Dworkin está muito próximo da pré-compreensão, da epistemologia das ciências do espírito e da teoria narrativa de Ricoeur. Entretanto, ao adotar como axioma de sua teoria o liberalismo político, que assume o estatuto epistemológico de posição política e não de posição filosófica, Dworkin está vedando qualquer possibilidade de seu ponto de vista interno ascender a um ponto de vista externo. Assim, embora o autor mantenha uma postura não-cética no ponto de vista interno, e utilizando-se adequadamente da metodologia própria às ciências do espírito, ele torna-se totalmente cético quanto ao ponto de vista externo, uma vez que o liberalismo político que o autor defende é uma mera opção subjetiva, não cabendo nenhuma verdade ou justificação a seu respeito. A razão disso estaria no fato de Dworkin aceitar que uma objetividade em sentido próprio só seria possível mesmo no campo das ciências da natureza. O fundamento último de sua interpretação jurídica seria, portanto, um fundamento subjetivo e relativo, aos mesmos moldes de uma teoria voluntarista da moral e do direito.

Essa questão não é de pouca importância. Ela releva exatamente a noção de verdade prática que, no fundo, Dworkin, renega. Mas não Ricoeur. Ao tratar do tema, o filósofo francês o faz estabelecendo uma dialética entre a noção de “mundo” e de “felicidade”, de modo que o primeiro diria respeito a uma certa prática, a um ponto de vista interno, a uma forma de vida, enquanto o segundo, diria respeito à ascensão a um ponto de vista externo responsável por dar uma noção de totalidade de sentido. Diz, então, Ricoeur que *“a felicidade (...) não é um termo finito. Ela deve ser ao conjunto das aspirações humanas aquilo que o mundo é a respeito*

*das aspirações da percepção; assim como o mundo é o horizonte da coisa, a felicidade é o horizonte a respeito de tudo.*"<sup>40</sup> Assim, continua Ricoeur, com uma afirmação que mostra ser bastante explicativa para o isolamento no ponto de vista interno da teoria dworkiniana: "*a ideia de mundo não é total senão em uma dimensão.*"<sup>41</sup> A ideia de totalidade, que parece, de fato, presumir uma ideia de verdade prática, pois é uma totalidade de sentido no agir humano, pois ela se distende entre a finitude do caráter e a infinitude da felicidade, que assume um caráter narrativo. Essa concepção de felicidade, por outro lado, funda-se em um conhecimento teórico, ou seja, não é uma mera posição moral ou política. Ela funda-se em uma antropologia. E Ricoeur é claro ao afirmar que

[N]ão formaria a ideia de felicidade se eu não formasse a de uma destinação, de uma assignação do homem, que nós vimos regradada pela exigência de totalidade; porque o homem exige a totalidade do sentido, seu desejo é dirigido à felicidade, como totalidade do sentido e do contentamento. Se, então, eu não penso o caráter e não penso a felicidade senão sobre a ideia de homem, o que é que eu penso pensando no homem?<sup>42</sup>

Esse dado natural de que o homem exige a totalidade de sentido responde à resposta evasiva de Dworkin para que justificasse objetivamente a fonte de seu conteúdo moral (a questão da objetividade é um tipo de embuste<sup>43</sup>).

Como reflexo disso, Ricoeur reprova a Dworkin o fato de não oferecer nenhum fundamento objetivo superior ao nível narrativo, evidentemente em razão de não poder ascender a um ponto de vista externo, o que vicia sua pretensão de objetividade. O ponto central aqui é que Dworkin, como bem afirmou Alexy, apresenta uma preocupação exclusivamente ontológica, ou seja, com o conteúdo das decisões, como o *quê* das sentenças, em suma, uma preocupação que só mira o aspecto compreensivo da hermenêutica. Assim, deixa de lado a preocupação epistemológica, que deve

---

<sup>40</sup> RICOEUR, Paul. **Philosophie de la Volonté II. Finitude et culpabilité**. p. 82.

<sup>41</sup> RICOEUR, Paul. **Philosophie de la Volonté II. Finitude et culpabilité**. p. 82.

<sup>42</sup> RICOEUR, Paul. **Philosophie de la Volonté II. Finitude et culpabilité**. p. 88.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 258.

acompanhar adequadamente a preocupação ontológica, de modo que a pretensão veritativa desta deve vir revestida também com uma pretensão justificativa, dando o *por quê* das sentenças, ou seja, do momento compreensivo deve se seguir um momento explicativo. Sendo assim, o “seguir uma história” da narrativa de Dworkin carece de um momento explicativo, que justifique a objetividade da narração, diferenciando-se, portanto do *suivre une histoire* de Ricoeur, que demonstra essa preocupação ontológica-epistemológica.<sup>44</sup>

Por outro lado, a dialética compreensão-explicação de Ricoeur assume-se, na hermenêutica jurídica, respectivamente como dialética interpretação-argumentação. Sendo, portanto, o modelo de Dworkin puramente interpretativo e compreensivo, a falta de um momento argumentativo representa alguns problemas para sua teoria. Ricoeur reconhece que no estado atual da discussão não há uma dialética interpretação-argumentação, mas sim uma oposição, de modo que ou se resta isolado numa perspectiva ou na outra.<sup>45</sup> Como interpretação, portanto, o modelo narrativo de Dworkin, na busca da resposta correta, pretende dar conta do problema utilizando-se de uma metodologia adequada às ciências do espírito, ou seja, recorrendo a relações de conveniência, justiça, reflexão, percepção, etc. Sendo assim, Dworkin mostra-se um opositor do dilema demonstrabilidade-arbitrariedade, que seria próprio de uma visão que só concebe a objetividade nos moldes das ciências da natureza, ou seja, ou se tem uma objetividade e se a demonstra ou então se cai na arbitrariedade. Desse modo, a tese de “nenhuma resposta” mostra-se solidária da tese da demonstrabilidade. Entretanto, é justamente na preocupação de não cair na tese da demonstrabilidade que Dworkin deixa de perceber o momento em que a interpretação deveria recorrer a uma teoria da argumentação que escape da alternativa entre demonstrável e arbitrário, formalismo e ceticismo.<sup>46</sup>

Desse modo, quando Dworkin trata da coerência narrativa, percebe-se a falta da objetividade lógica que uma teoria da argumentação poderia oferecer. Ela poderia oferecer um critério de

---

<sup>44</sup> RICOEUR, Paul. **Temps et Récit I**. p. 203.

<sup>45</sup> RICOEUR, Paul. **O Justo 1**. p. 154.

<sup>46</sup> RICOEUR, Paul. **O Justo 1**. p. 157/8.

coerência para ligar ao modelo narrativista, pois a integralidade e a identidade de Dworkin não acrescentam nenhuma precisão particular à noção demasiadamente indeterminada da coerência. A argumentação, por outro lado, ao não relevar o aspecto veritativo, visa à formação de sistemas coerentes, de modo que ela é a perspectiva adequada para fornecer tais critérios. Sendo assim, Ricoeur arremata:

Dworkin está muito menos interessado na formalidade dos argumentos do que em sua substância e – cabe dizer desde já – em sua substância moral e política.<sup>47</sup> E assim, prossegue afirmando que “essa concepção flexível e não codificável da interpretação é rebelde ao formalismo de uma teoria da argumentação jurídica. Dworkin está muito mais interessado no horizonte político-ético no qual se destacam os princípios irreduzíveis às regras. Assume todos os seus inconvenientes: o caráter interminável da controvérsia, que só pode ser compensada pelo forte consenso de uma sociedade democrática (...); a fragilidade de julgamentos dependentes da capacidade de aceitação dos diversos públicos envolvidos.<sup>48</sup>

Com base em princípios político-éticos e não propriamente jurídicos, Dworkin começa, então, a conceder um poder muito forte para o judiciário, que é o órgão que seria mais adequado para julgar sobre os *rights* dos cidadãos. Para manter toda a sua substância liberal, Dworkin lança mão de tais princípios e, ao deixar o judiciário como seu guardião, Dworkin começa a tornar-se avesso inclusive às instituições, uma vez que as regras jurídicas, assim como os textos, têm o papel fundamental de criar uma justa distância. Nesse momento, então, a teoria de Dworkin parece, então, dar atenção somente à justiça, esquecendo a questão da amizade, o que é próprio a uma teoria do direito fundada somente em *rights*, visto que a noção de direito subjetivo não é propriamente relacional.

---

<sup>47</sup> RICOEUR, Paul. **O Justo 1**. p. 159.

<sup>48</sup> RICOEUR, Paul. **O Justo 1**. p. 160.

## CONCLUSÃO

Enfim, um modelo puramente interpretativo como o de Dworkin apresenta, em suma, os seguintes problemas: a) parte de um ponto de vista interno que não ascende ao externo, de modo que, embora atinja uma objetividade interna própria às ciências do espírito, não a atinge externamente, pois nega a existência de uma verdade que fundamente ontologicamente o liberalismo político, que fundamenta tal objetividade interna; b) só é possível quando há uma compreensão político-ética compartilhada; c) é, em última instância, subjetivista, uma vez que a moral compartilhada não passa a um exame de objetividade, pois é meramente a moral de um grupo; d) apresenta um modelo narrativo com fracos critérios de coerência do julgamento; e) resta um sistema hipotético: se o liberalismo político é verdadeiro, então se segue essa teoria do direito.

## REFERÊNCIAS

- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- RICOEUR, Paul. **Du Texte à l'Action. Essais d'herméneutique II**. Paris: Seuil, 1986.
- RICOEUR, Paul. **Philosophie de la Volonté II. Finitude et culpabilité**. Paris: Aubier, 1988.
- RICOEUR, Paul. **O Justo I**. Trad. Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RICOEUR, Paul. **Temps et Récit I**. Paris: Seuil, 1983.
- STRAUSS, Leo. **Natural Right and History**. Chicago: University of Chicago Press, 1965.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 2000.

## LEITURAS DE GIUSEPPE CAPOGRASSI NA ESPANHA: A FILOSOFIA JURÍDICA DE JESÚS BALLESTEROS\*

Alfredo de J. Flores\*\*

### INTRODUÇÃO

Aponta o prof. J. Corts Grau<sup>1</sup> no Prólogo da publicação da

---

\* Este texto é uma versão de parte de comunicação de título: “Lo humano en el derecho: las nociones de ‘acción’ y ‘experiencia jurídica’ en Giuseppe Capograssi como crítica al formalismo positivista” que foi apresentada no *XXVII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy* (IVR), em Washington, DC (USA) no dia 28 de julho de 2015, no *Special Workshop* “Humanidad y Derecho: ser, valor y praxis jurídica”. A publicação do original deste texto em espanhol ocorreu em livro coletivo em homenagem ao Prof. Dr. Jesús Ballesteros, catedrático da Universidade de Valência (Espanha) - FLORES, Alfredo de J. *Lecturas de Giuseppe Capograssi en España: la filosofía jurídica de Jesús Ballesteros*. In: DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier et alii (org.). **Pensar el tiempo presente**: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart. v. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 169-182. Tradução para a língua portuguesa por Denis Guilherme Rolla (Mestre em História do Direito pelo PPGDir-UFRGS), com revisão e acréscimos do próprio autor.

\*\* Doutor em Direito e Filosofia pela *Universitat de València* (Espanha, 2004). Professor Associado de Metodologia Jurídica na *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS, 2007). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir-UFRGS, 2007). Sócio efetivo, *Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul* (IARGS, 2006). Membro, *Instituto Brasileiro de História do Direito* (IBHD, 2013). Membro-correspondente, *Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho* (IIHD, Argentina, 2014). Membro, *Associação Nacional de História*, Seção Rio Grande do Sul (ANPUH-RS, 2015). Membro efetivo, *Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul* (IHGRGS, 2016). Associado, *Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos* (AHILA, 2017). Membro, *American Society for Legal History* (ASLH, 2018). Associado, *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* (AAFD, 2019). Membro efetivo, *Instituto dos Advogados Brasileiros* (IAB, 2019). Membro, *Société de Législation Comparée*, Section Amérique Latine (SLC, 2019).

<sup>1</sup> CORTS GRAU, José. Prólogo. In: BALLESTEROS, Jesús. **La filosofía jurídica** \*\*

tese doutoral de Jesús Ballesteros sobre o pensamento de Giuseppe Capograssi que dito pelo autor italiano era “uma figura de singulares

---

Doutor em Direito e Filosofia pela *Universitat de València* (Espanha, 2004). Professor Associado de Metodologia Jurídica na *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS, 2007). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir-UFRGS, 2007). Sócio efetivo, *Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul* (IARGS, 2006). Membro, *Instituto Brasileiro de História do Direito* (IBHD, 2013). Membro-correspondente, *Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho* (IIHD, Argentina, 2014). Membro, *Associação Nacional de História*, Seção Rio Grande do Sul (ANPUH-RS, 2015). Membro efetivo, *Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul* (IHGRGS, 2016). Associado, *Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos* (AHILA, 2017). Membro, *American Society for Legal History* (ASLH, 2018). Associado, *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* (AAFD, 2019). Membro efetivo, *Instituto dos Advogados Brasileiros* (IAB, 2019). Membro, *Société de Législation Comparée*, Section Amérique Latine (SLC, 2019). r

**de Giuseppe Capograssi.** Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n. 23. Roma - Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973. p. XI. O autor, ainda que não tivesse propriamente uma estreita relação com a filosofia italiana (no contexto espanhol em que se encontrava era mais comum a vinculação com a França), viu a oportunidade de seu discípulo Jesús Ballesteros usufruir de uma bolsa de estudos em Roma na companhia de Sergio Cotta, por sua vez, discípulo de Capograssi. Ainda que se cogite de um contato mais tardio, o ambiente de Corts Grau já estava imbuído destes temas típicos do debate europeu da época das guerras mundiais. Assim, por exemplo, Corts Grau também apresenta o apreço por uma visão global do ser humano, conjugando a realidade material com os valores - o que se pode ver igualmente em Capograssi. Não por acaso, Corts Grau afirma em relevante evento ocorrido na Argentina durante o período justicialista: “Nuestra estimativa se halla vinculada a nuestro conocimiento. Pero en la captación de los valores interviene toda nuestra personalidad, juega un papel muy importante el sentimiento, y a menudo quien decide es el ‘corazón’, el ‘corazón’ en su hondo sentido agustiniano, presto al gaudium de veritate. Se nos exige no sólo entender, sino comprender, tomar partido, actuar, entregarnos. En muchos trances, al captar un valor, cabría decir más propiamente que hemos sido captados, arreatados por él. Aunque la libertad subsista, nos conmueve y compromete. Y entonces nos movemos con cierto sobrecogimiento: estamos en el secreto de realidades y posibilidades que cualquier defeción puede malograr. Podemos incluso cerrarnos a esa vocación axiológica. Pero tal cerrazón es absolutamente incomparable con la ceguera o la insensibilidad. De ahí la responsabilidad imponente del hombre. Llamado a realizar los valores dentro de su mundo, de él depende, no la vigencia radical, pero sí la suerte de esos valores en la Historia, y, por tanto, la Historia misma” - CORTS GRAU, José. Axiología y iusnaturalismo. **Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía** (Mendoza, 1949). T. II (Sesiones: V. Axiología y Ética). Buenos Aires: Universidad Nacional de Cuyo, 1950. p. 1282.



qualidades humanas (...) que segue nos ajudando a manter uma concepção do direito livre de miopias e mutilações positivistas, precisamente por sua fidelidade ao real; uma concepção do direito depurada de pragmatismos, porém atenta à ação”. Em poucas palavras, o renomado humanista valenciano indicava a seu discípulo (que o seguiu como catedrático de Filosofia do Direito) os elementos de uma ideia de direito que se vinculasse ao concreto, à “ação”. Com isso se confirma na filosofia jurídica mediterrânea do século XX a percepção de que o direito necessitava manter uma raiz no concreto, no humano.

E nada mais característico do humano contemporâneo que a consciência de uma cultura humana a nível global que viesse a garantir a dignidade de cada ser humano, como de modo frequente recorda Ballesteros. Tal dignidade se refere à “consciência”<sup>2</sup> humana, substrato do que Capograssi consolida como a “experiência jurídica”, fundamento de uma visão realista em que a ciência jurídica somente alcança a verdade quando reflete o humano<sup>3</sup>.

Desde as propostas de Capograssi, em uma época de turbulências e conflitos mundiais, na defesa do humano, afirmou-se no plano internacional a necessidade de vincular os resultados da técnica jurídica nos vários âmbitos do direito a uma consciência universal dos direitos humanos. Entretanto, a renovação do discurso humanista por causa de ditos conflitos tem uma peculiaridade não encontrada antes, que é a afirmação do indivíduo em sua ação consciente e em seu contexto experiencial. Aqui se manifesta a necessidade de recordar as palavras-chave do ideário capograssiano, em particular a “ação” e a “experiência jurídica”, com o objetivo de aprofundar essa consciência vital que o autor italiano sempre recordou e que seria um “topos” fundamental para a compreensão de nossa época, como uma resposta

---

<sup>2</sup> Segundo Capograssi: “L’azione è il risultato, anzi l’apparizione pratica e come il punto di manifestazione di tutta questa concretezza della coscienza, di questa profonda costituzione della volontà, di questo fine e destino che l’idea della vita prescrive al soggetto” (CAPOGRASSI, Giuseppe. *Analisi dell’esperienza comune*. In: CAPOGRASSI, G. **Opere**. Vol. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 77).

<sup>3</sup> Explica Capograssi: “(...) la scienza lavora. Essa è nell’esperienza giuridica e partecipa alla vita dell’esperienza giuridica” (CAPOGRASSI, Giuseppe. *Il problema della scienza del Diritto*. In: CAPOGRASSI, G. **Opere**. Vol. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 380).

aos reducionismos que o século XX havia construído, em particular a teoria positivista do direito, como também os reducionismos existentes nos campos da Bioética e da Filosofia Política.

Desde essa perspectiva, é importante retomar o pensamento desse grande jurista em sua essência, em sua visão de homem em ação, com o fim de retomar os fios fundamentais do discurso de crítica a tais reducionismos e, especialmente, ao formalismo cientificista atual. A contribuição de Capograssi na crítica aos reducionismos explica a defesa humanista de uma teoria jurídica realista que esse autor fez em vida e que repercutiu até os dias atuais no pensamento de vários autores que compartilham com ele essa visão de ser humano.

## **1 O HOMEM E SUA EXPERIÊNCIA VITAL EM CAPOGRASSI**

É possível apontar com quase a totalidade dos autores que a preocupação constante da vida e obra de Capograssi seria o indivíduo; com efeito, anota Ballesteros<sup>4</sup> que “desde seu primeiro trabalho, Capograssi afirma como o indivíduo empírico possui um núcleo de verdades essenciais, sobre as quais normalmente não faz uma reflexão, mas que, por outro lado, constituem a orientação de sua vida e de sua ação”. O contexto da primeira metade do século XX nos serve para orientar tal percepção, pois os perigos totalitários e o discurso tecnocrático rondavam os debates da Europa ocidental e nosso autor percebia isso, conforme se vê em seus escritos.

Vale recordar que o contexto italiano, desde o começo do século XIX, ainda que da mesma forma sofresse o influxo de modismos acadêmicos, como no resto da Europa, manteve-se vinculado à tradição viquiana da historiografia e do pensamento. Sobre isso, afirmava B. Croce “que, se dos livros e ensaios dos filósofos voltamos às escrituras mais propriamente históricas (...), se pode ver quanta eficácia exercia Vico então, porque quase não existe obra histórica que se beneficie de modo mais ou menos estendido e

---

<sup>4</sup> BALLESTEROS, Jesús. **La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi**. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n. 23. Roma – Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973. p. 25.

mais ou menos direto daquelas doutrinas”<sup>5</sup>. Talvez uma consciência do “Risorgimento” na luta por uma identidade italiana nessa época tivesse colaborado. De qualquer modo, o pensamento que chega a Capograssi, ainda que não se negue em um momento inicial uma influência hegeliana, terá que identificar-se com o Humanismo, ao menos com a releitura do Humanismo tardio viquiano de passagem de fins do século XVII até o início do século XVIII.

Essa tradição de raiz em Vico tem notoriamente um fundamento de transcendência, compartilhado por Capograssi, um homem de profundo sentido religioso. Isso influenciaria a compreensão do autor sobre o modo de vida da experiência humana e seu reflexo no direito, porque, mais além da aparência empírico-fenomenal, o direito é percebido com a indagação sobre o ser mesmo do homem, que condiciona sua atuação<sup>6</sup>. Portanto, desde o mais profundo do direito, não é apenas um objeto ou produto instrumental, mas uma atividade do sujeito, como defende Capograssi.

Aqui surge o tema da “ação” – Capograssi diz que a ação “se apresenta sendo vista em termos imediatos e por assim dizer visíveis, com a simplicidade de um esquema: um motivo ou uma série de motivos, uma decisão, um movimento, uma modificação do estado do sujeito ao qual frequentemente é conjugada uma modificação do estado das coisas exteriores”<sup>7</sup>. A partir da compenetração recíproca de todas as vidas (“de vida com vida, ação com ação, operação com operação”), como uma resolução da criação na vida e na realidade operante, Capograssi lembra que nisso “consiste a formação de consciência real que constitui a verdadeira operação fundamental do

---

<sup>5</sup> CROCE, Benedetto. **Storia della storiografia italiana nel secolo decimonono**. Scritti di Storia Letteraria e politica, n. XV. Terza edizione riveduta. v. 1. Bari: Gius, Laterza & Figli Tipografi-Editore-Librai, 1947. p. 15.

<sup>6</sup> Sobre isso, anota Cotta: “Se ci sia il diritto o non piuttosto la sua semplice e transeunte apparenza empirico-fenomenica è possibile infatti accertarlo, e quindi legittimarne o meno la presenza, indagando sull’essere stesso dell’uomo, che ne condiziona l’agire. Nella prospettiva della domanda radicale, il diritto non si presenta più *ex parte obiecti*, come un oggetto o come un prodotto strumentale, ma *ex parte subiecti*, come un’attività (l’attività detta « giuridica ») del soggetto” (COTTA, Sergio. **Il diritto nell’esistenza**: Linee di ontofenomenologia giuridica. Milano: Giuffrè Editore, 1985. p. 14).

<sup>7</sup> CAPOGRASSI, Giuseppe. *Analisi dell’esperienza comune*. In: CAPOGRASSI, G. **Opere**. Vol. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 77.

sujeito, seu verdadeiro ato de vida”<sup>8</sup>.

Desde essa recíproca compenetração, afirma<sup>9</sup> que “o sujeito constrói verdadeiramente seu mundo, elabora sua visão de mundo por intermédio de referências contínuas, descobertas incessantes, retificações e modificações, acréscimos e alterações que se levam cotidianamente à própria imagem da realidade, ao próprio conceito de mundo, à própria ideia das coisas, em correspondência desta gradual apreensão que faz infinitas formas e infinitas lógicas do existente”. Deste modo, resulta claro o caráter da ação moral que nosso autor tenta destacar e que teria necessariamente repercussões no âmbito jurídico, porque com essa ênfase na “ação”, o direito não poderia ser reduzido a normas.

Nesse sentido, no que diz respeito à relevância do tema da “experiência jurídica”, importa recordar o que afirma P. Piovani na “Introdução” à nova edição italiana revisada do livro *O problema da ciência do direito*, de Capograssi, quando aponta que a insistência do autor em tal noção não pretendia introduzir uma fórmula ou formular uma teoria para isso, mas sim que a insistência sintomática e espontânea serve especialmente para designar uma corrente de pensamento próprio que o caracteriza singularmente<sup>10</sup>, por comungar de ideias dessa tradição viquiana.

A postura de Capograssi de reconhecer uma nova consciência desde a “experiência” é relevante tanto para o mal como para o bem; assim, no artigo *A situação de conflito dos juristas atuais e o problema da lei injusta*, ele argumenta: “Mas a sua postura se encontra ameaçada pela experiência de que o direito positivo - em que todo direito e vida do direito devem ser absorvidos - pode entrar em contradição muitas vezes, de um modo sem precedentes, brutal e

---

<sup>8</sup> Ibidem. p. 35.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 35-36.

<sup>10</sup> Acrescenta Piovani que “è facile notare, pur senza indulgere a nessuna velleità di frettolosa e inadeguata inchiesta storico-semantică, che il ricorso frequente ad un termine come *esperienza* deriva dal lessico di alcuni ambienti filosofici del primo Novecento, legati, direttamente o indirettamente, al moto anti-intellettualistico che ha avuto tanta parte nella cultura europea di quegli anni” (PIOVANI, Pietro. *Introduzione*. In: CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il problema della scienza del Diritto**. *Civiltà del Diritto* – Collana diretta da Francesco Calasso, curata da Francesco Mercadante. Nuova edizione riveduta a cura di Pietro Piovani. Milano: Giuffrè, 1962. p. VI).

bárbaro com as verdades e os princípios da consciência”<sup>11</sup>. Ante o tema da lei injusta no debate de meados do século XX, dirige-se ao reconhecimento de que um formalismo representaria uma contradição nas ações do jurista.

Isso determina um vínculo que Capograssi defendeu entre filosofia e ciência, no sentido de que esta última tem uma influência decisiva na atividade da filosofia, mesmo que ela se manifeste implicitamente e venha a definir a atuação do jurista<sup>12</sup>. A reflexão filosófica, assentada desde a formação dos juristas, vincula-se à prática da ciência; por isso, nas palavras de Ballesteros<sup>13</sup>, nosso autor italiano “tende a sublinhar que os conceitos da ciência jurídica implicam verdades de importância decisiva para a vida do indivíduo”.

---

<sup>11</sup> Neste sentido, no texto original em alemão, observa Capograssi: „Diese seine Haltung wird aber bedroht durch die Erfahrung, daß das positive Recht, in dem alles Recht und Rechtsleben aufgehen sollte, manchmal auf eine unerhört gewalttätige und barbarische Weise in Widerspruch geraten kann mit den Wahrheiten und Grundsätzen des *Gewissens*“ (CAPOGRASSI, Giuseppe. *Die Konfliktsituation des heutigen Juristen und das Problem des ungerechten Gesetzes*. **Universitas – Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur**, 9. Jahrgang, Januar 1954, Heft 1, p. 25). Há uma versão manuscrita para espanhol que o próprio prof. Ballesteros elaborou e que nos oportunizou quando de nossa estadia em Valencia para os estudos de doutorado sob a sua orientação em meados da década de 1990; tal tradução ao espanhol feita pelo prof. Ballesteros pretendemos publicar integralmente em alguma oportunidade.

<sup>12</sup> Em seu relevante trabalho de maturidade intelectual, Ballesteros afirma, desde o caminho capograssiano, que “la labor de la filosofía del derecho será, precisamente, tomar conciencia de tales verdades implícitas en la ciencia, así como ayudar a los juristas a tomar plena y exacta conciencia de su intuitiva fe en el significado ontológico de las realidades y de las instituciones que estudian” (BALLESTEROS, Jesús. **Sobre el sentido del Derecho**: Introducción a la Filosofía jurídica. Madrid: Tecnos, 1984. p. 151). Nesse mesmo trabalho, Ballesteros afirma, a respeito de Capograssi quando de sua obra *Il problema della scienza del diritto*, que “en él se protestaba contra el intento de someter a juicio, desde fuera de la ciencia, los métodos y resultados de la misma, considerando que es la propia ciencia la que debe juzgar del valor de sus conceptos. Su actitud debe ser considerada en este sentido no sólo como una réplica al panfleto de Kirchmann (...), sino más ampliamente contra la pretensión positivista y formalista de imponer a la ciencia determinados postulados y determinados métodos, negando científicidad a todo aquello que se pliegue a los mismos” (Ibidem. p. 148).

<sup>13</sup> BALLESTEROS, Jesús. **La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi**. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n. 23. Roma – Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973. p. 210.

A consequência é a centralidade da “experiência jurídica” para qualquer investigação no direito, porque deve partir desta “em seu caráter imediato, ou seja, da experiência jurídica como ela existe e é advertida e julgada pela consciência comum e enquanto tal entra como elemento prático e condicionante da ação prática do sujeito vivente no concreto das comunidades humanas”<sup>14</sup>.

Nesse sentido, a experiência jurídica se apresenta em seu caráter imediato no aspecto mais saliente, ou segundo proposição de Capograssi, “vontades que comandam e vontades que obedecem, recolhendo as indicações e a lógica intrínseca das situações concretas da experiência”<sup>15</sup>. Com isso, apesar de reconhecer que a linguagem comum é dominada pelos usos do formalismo, nosso autor coloca o problema de que “tudo isso é muito verdadeiro, mas aqui é o ponto da experiência jurídica – que isso advém, que essa interiorização se verifica, que as duas vontades se tornam uma, que, em termos mais simples, a obediência se realiza”<sup>16</sup>.

Entretanto, ao se dispensar a experiência jurídica em sua totalidade, considerando-a como lei em particular (formulação de normas abstratas), “pode-se negar a lei como comando, e com isso a obediência da vontade, com o que se negaria o problema da experiência”<sup>17</sup>.

## **2 POSIÇÕES FILOSÓFICAS NÃO-POSITIVISTAS E O SENTIDO DA “AÇÃO” EM CAPOGRASSI: INFLUÊNCIAS EM BALLESTEROS**

Leitor dos textos consagrados de Capograssi, Jesús Ballesteros, como já foi dito, fez a tese de doutorado sob a direção de José Corts Grau<sup>18</sup> em Valência sobre filosofia jurídica do jurista

---

<sup>14</sup> CAPOGRASSI, Giuseppe. Studi sull'esperienza giuridica. In: CAPOGRASSI, G. **Opere**. Vol. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 231.

<sup>15</sup> Ibidem. p. 245.

<sup>16</sup> Ibidem. p. 246.

<sup>17</sup> Loc. cit.

<sup>18</sup> No que diz respeito a Corts Grau, aponta Ballesteros que este autor sublinha a conexão entre verdade e norma, “cercando di avvicinare il metodo fenomenologico all'ontologia classica, nel tentativo di superare ciò che nel primo c'è di cartesianesimo” (BALLESTEROS, Jesús. Il problema della natura umana nella filosofia spagnola. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, IV serie, n. n.

italiano, aproveitando bolsa e estadia em Roma junto a Sergio Cotta, autor reconhecidamente vinculado a Capograssi. A partir desse contato com Cotta e com a aprovação do orientador, o catedrático valenciano, Ballesteros se põe a aprofundar uma leitura sobre Capograssi desde uma perspectiva ao menos diferente daquela presente no debate italiano – isso porque se tratava de um jovem pesquisador espanhol que vê o pensamento de Capograssi depois sua morte e com toda a complexidade de um autor com escrita difícil e complexa. Nesse sentido, haveria um objetivo de Ballesteros em sua tese de doutorado, o que sem dúvida haveria de alcançar, ao traduzir um autor muito relevante de um país vizinho para o campo acadêmico espanhol. Entretanto, o que restou de Capograssi a um autor de fora da Itália, apesar de estar em constante contato com discípulos e admiradores do jurista italiano, foram principalmente o impacto da releitura de Cotta e as estratégias notáveis que Capograssi já adotava, em particular nos seus últimos escritos.

Quanto à relevância de Sergio Cotta<sup>19</sup> no pensamento de

---

LXXI, p. 704-715, octubre-diciembre 1994, esp. p. 713-714), e daí segue que “Corts Grau sottonlinea la connessione *temporalità-eternità* nell’uomo come unico modo in cui la natura umana possa servire di base per la normatività. Bisogna cogliere il *soffio* della Genesi, visto che altrimenti la natura umana si riduce a pura *polvere*, a fatticità, in modo che non possa servire di base per la normatività” (Ibidem. p. 714). Com isso, reconhece uma afiliação jusnaturalista mais tradicional ao seu orientador de tese; daí também se compreende a intenção do jovem Ballesteros em sua tese, de vincular Capograssi, de raiz rosminiano-viquiana, ao momento do debate na Itália, porque “Capograssi recoge de la metafísica realista los principios básicos, pero se aparta de ella en cuanto tiende a dar una mayor significación filosófica a los datos de la experiencia interior del individuo. En este sentido, su filosofía sigue más bien la tradición espiritualista cristiana que va de San Agustín a Blondel o Rosmini. Su vinculación a Vico debe inscribirse en esta misma corriente, en cuanto que juzga que en éste el protagonista de la historia es el individuo común, guiado por la Providencia” (BALLESTEROS, Jesús. **La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi**. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n. 23. Roma - Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973. p. 211).

<sup>19</sup> De fato, o prof. Ballesteros reconhece a influência de Capograssi e Cotta: “La muerte de Sergio Cotta el pasado 3 de mayo trae a mi recuerdo mi primer encuentro con él en enero del 67 en su despacho del Instituto de Filosofía del Derecho de Roma. Comenzaba yo una estancia de seis meses, becado por el Instituto Jurídico Español de Roma. Me mostró una foto de Giuseppe Capograssi, que tenía sobre su mesa, y me dijo que era el autor italiano más interesante sobre el que podía trabajar. Desde entonces el magisterio de ambos ha sido decisivo en mi

Jesús Ballesteros, não é necessário ir muito longe para encontrar seu relato testemunhal afirmando isso; no entanto, valeria a pena ter em conta que o discípulo de Capograssi, seguramente nas sendas do pensamento de seu mestre, empreende uma crítica à técnica moderna<sup>20</sup> que viria a impressionar Ballesteros a ponto de convencê-lo a aprofundar o problema, como de fato aconteceu em suas obras.

Do mesmo Capograssi, fez uma leitura de continuidade com o que Cotta havia feito naquela crítica ao tecnicismo, crítica essa que se apresentava como de vanguarda. Nos últimos textos de Capograssi, a metodologia histórica entre o negativo e o positivo<sup>21</sup> é uma chave que serve para compreender a proposta de Ballesteros em sua obra *Pós-modernidade*, não como uma causa direta (já que a Capograssi normalmente o cita desde o clássico *O problema da*

---

trayectoria filosófico jurídica” (BALLESTEROS, Jesús. Sergio Cotta y los retos del siglo XXI. **Persona y Derecho**, n. 57, p. 71-80, 2007, especialmente p. 71).

<sup>20</sup> Assim, Ballesteros lembra Cotta dizendo que “existe claramente una total ambigüedad en el planteamiento de los derechos humanos, que es consecuencia de la instrumentalización de lo real. Recuperar el sentido del derecho, su estructura ontológica como respeto universal al otro, tal como ha mostrado el prof. Cotta es tarea que va íntimamente unida al descubrimiento mismo de la existencia como *Sorge*, como cuidado. De otro modo, la perfección formal de las declaraciones de derechos encontrará siempre como contrapunto práctico su sistemática violación” (BALLESTEROS, Jesús. Derechos humanos: ontología versus reduccionismos. **Persona y Derecho**, n. 9, p. 239-242, 1982, esp. p. 241). De fato, sobre Cotta, resalta Ballesteros que “esta comprensión cabal de la sociedad contemporánea, fruto del ejercicio de una razón integral e integradora, encontraría su plasmación más completa en su libro publicado un año más tarde *La sfida tecnologica*, donde muestra el carácter ambivalente de la técnica, como elemento característico de nuestra época y como reflejo de la propia ambivalencia del actuar humano” (BALLESTEROS, Sergio Cotta y los retos del siglo XXI. **Persona y Derecho**, n. 57, p. 71-80, 2007, especialmente p. 72).

<sup>21</sup> Explica Contu sobre isso, recordando a Leonardo La Puma em sua obra *Negativo e positivo nell'ultimo Capograssi*: “che ripercorre il problema del carattere ‘bifronte’ dell’esperienza umana contemporanea. Bifronte, perché occorre prender coscienza dell’«altra metà da vedere», senza la quale non si può avere una autentica e integrale visione della vita. Due metà, quindi, che non separano irrimediabilmente l’essere ma stabiliscono una «dialettica dell’implicanza»». Radicalizzare il negativo, in Capograssi, significa approdare all’autenticità del positivo, condizione necessaria per attuare vichianamente la «pedagogia della storia», cioè «l’ammaestramento della esperienza»” (CONTU, Alberto. Pluralismo giuridico e problematica etico-politica in Giuseppe Capograssi. **Segni e Comprensione**, anno II, n. 5, p. 74-76, 1988, especialmente p. 75).



*ciência do direito*, nas obras posteriores à sua tese), mas como um ideia geral presente no autor italiano, de que é preciso esclarecer as diferenças entre o bem e o mal. Essa é a proposta clara de Ballesteros na sua obra *Pós-modernidade*, a decadência tardomodernista ou a resistência em favor de um novo projeto civilizatório. O impacto da crítica capograssiana à estrutura do mal - que gerará a destruição da vida<sup>22</sup>, lido por Ballesteros para sua tese -, o acompanhará ao longo de todas as análises dos temas de Bioética e Biodireito que haveria de fazer em livros e artigos nas últimas décadas, novamente desde o espírito de que se deve compreender o homem sempre em sua totalidade.

O aspecto positivo, longamente empregado por Ballesteros como resposta ao mal da negação do ser humano por causa do império da tecnocracia no Ocidente, seria uma noção de que Ballesteros retoma dos clássicos e do pensamento que ainda está presente no “Sul” do mundo – a noção de “pessoa”<sup>23</sup>. O confronto ideológico, tantas vezes visto por Capograssi como a causa do problema do mal, está agora envolvido na luta para definir o ser humano em sua condição jurídica – sendo “pessoa”, com titularidade de direitos, se desde o ventre materno até a sua morte digna –, ou não. E a posição claríssima de Ballesteros, também aqui em consonância com o espírito capograssiano, foi sempre de reconhecer a personalidade a todo ser humano, em qualquer condição.

Esse cenário, de uma luta para superar os reducionismos modernos, fica complicado de uma maneira especial no que habilmente Ballesteros aponta como a estrutura básica da proposta do

---

<sup>22</sup> Segue Contu: “Il male è categoria costitutiva dell’esperienza umana e si manifesta con la sostituzione di un fine sensibile con uno assoluto. Invitto osserva che per Capograssi il male è in quanto scelta negatrice della vita, in-azione, distruzione dell’individualità. In questa concezione agonica dell’esistenza, la dialettica bene-male si risolve in una concezione dei rapporti interpersonali, relazionali, capace di recuperare la legge della verità e l’ordine delle cose” (Loc. cit.).

<sup>23</sup> Assim, Ballesteros aponta: “Frente al cartesianismo, que ve al ser humano como sujeto autárquico subrayando el momento de la separación respecto a los otros, y al naturalismo, que diluye lo humano en el conjunto de la biósfera, el pensamiento contemporáneo tiende a subrayar la importancia de la noción de persona, como clave para entender globalmente sin reduccionismos al ser humano” (BALLESTEROS, Jesús. La constitución de la imagen actual del hombre. **Tópicos - Revista de Filosofía**, Universidad Panamericana, México, n. 15, p. 09-29, 1998, p. 20).

livro *Pós-modernidade: o problema da autonomia entre as esferas*<sup>24</sup> econômica, política e cultural, autonomização essa que serve à causa moderna de cisão no homem e na vida humana. Cisão que é todo o contrário do que defendem Capograssi e Ballesteros em suas obras.

A partir da autonomia dessas esferas, empreende-se com o tempo a dominação da tecnocracia: uma degradação<sup>25</sup> da realidade social e do pensamento ocidental que, com grande dificuldade, será sanada, uma vez que o atual discurso reducionista, de que tudo é mercado, é muito poderoso porque atende a uma variedade de interesses em jogo. No entanto, a resposta para isso já foi apresentada em sua tese sobre Capograssi, quando lembra que esse autor havia definido o método de observação do direito: “por um lado, pela índole do objeto observado, já que aqui se trata de observar a experiência ordinária dos homens. Por outro, pela forma de observação, trata-se aqui de uma observação interior e não exterior, ou seja, devemos observar o objeto como algo em que

---

<sup>24</sup> É paradigmático que Ballesteros inicie seu trabalho fundamental, *Pós-modernidade: decadência ou resistência*, falando no Prólogo dessas esferas autônomas da Modernidade, demonstrando assim a falta de unidade no humano dentro do ideário da Modernidade: “La época histórica que se conoce de modo prácticamente unánime como ‘Tiempos Modernos’ se habría constituido a partir de mediados del siglo XV bajo el signo de la primacía del ‘mercado’, pero habría mantenido una cierta autonomía de la esfera política (en la que se habría desarrollado la idea de los derechos humanos) y de la esfera cultural (que habría conducido finalmente a la tesis del arte por el arte)”, de onde se distinguem entre si a Modernização tecnocrática, a Modernidade política e o Tardomodernismo cultural (BALLESTEROS, Jesús. **Postmodernidad: decadencia o resistencia**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2000. p. 11).

<sup>25</sup> É por isso que Ballesteros afirma que “el avance del economicismo como interpretación hegemónica de la realidad humana y social va acompañado en el plano de la realidad fáctica de la degradación del medio ambiente, de la depauperación del tercer y cuarto mundo, del aumento del riesgo de una guerra nuclear y de la generalización de la anomía, y la alienación” (Ibidem. p. 12). Sobre a resposta positiva, aponta Ballesteros desta maneira: “Ante la evidencia del fracaso de la idea de progreso como necesidad histórica, existe sin embargo otra postura bien distinta de la del decadentismo. La que se empeña en resistir contra la injusticia, inhumanidad y cretinismo creciente de nuestro mundo y coloca como metas fundamentales la lucha en favor de la paz y en contra de los bloques militares, la defensa de la frugalidad ecológica contra el despilfarro consumista y de la solidaridad ecuménica contra la indiferencia individualista” (Ibidem. p. 13).

estamos todos comprometidos”<sup>26</sup>.

Isso conforma um papel para a filosofia do direito<sup>27</sup>, de interpretar o próprio tempo, com o objetivo centrado principalmente na “praxis”<sup>28</sup>; pois a ordem da prática, onde se dá o governo da prudência (como é visto na raiz em Vico, que é compartilhada por Capograssi) - uma razão prática que busca a verdade do homem -, é o

---

<sup>26</sup> BALLESTEROS, Jesús. **La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi**. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n. 23. Roma – Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973. p. 26.

<sup>27</sup> Citando a Capograssi quando ele diz que a Filosofia do Direito deve “anunciar o novo que nasce”, acrescenta Ballesteros: “Esta advertencia de la novedad me parece sin duda una característica esencial, aunque no sólo de la filosofía del derecho, sino de la filosofía en general. Responde a la exigencia de interpretar el propio tiempo, que es una de las dimensiones esenciales del pensar, y que se ha vuelto especialmente apasionante en el momento presente, dada la dificultad de discrepar del pensamiento hegemónico de lo ‘políticamente correcto’ que se impone desde los medios más o menos monopolísticos amenazando con la invisibilidad de cualquier posición que resista a este monopolio. Por ello es especialmente apasionante descubrir lo nuevo que se opone a la inercia del comportamiento, lo contrario a la violencia mimética, al mecanismo de la repetición. El derecho debe alentar cuanto signifique huída del gregarismo violento y distinguir la verdadera novedad, del progreso puramente técnico, y quizá destructivo” (BALLESTEROS, Jesús. *Filosofía del Derecho, conciencia ecológica y universalismo ético*. **Diálogo Filosófico**, n. 55, p. 29-38, enero-abril 2003, especialmente p. 29-30).

<sup>28</sup> Segundo recuerda Alessandro Giuliani: “Potremmo invero considerare Vico filosofo della prassi, a condizione di considerare la prassi nel significato classico, aristotelico: l’agire (πράττειν) infatti è considerato in relazione all’uso della libertà, ed in contrapposizione ad un fare (ποιεῖν), ad un produrre in cui – prescindendo dall’intenzione – si guarda unicamente al risultato. Fra le affermazioni a favore di questa interpretazione va ricordata la contrapposizione vichiana tra l’uomo *prudens* e l’uomo *faber*” (GIULIANI, Alessandro. **La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica**. Atti dell’Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli, vol. LXXXV. Napoli: Libreria Scientifica Editrice, 1974. p. 156-157). Nessa tradição de distinção entre o prudente e o técnico também se encontra o pensamento de Ballesteros, quando faz uma crítica à Modernização tecnocrática: “En esta posición, no existen problemas ecológicos de carácter ético, pues serán resueltos por el sistema económico. Esta filosofía de la frontera, o ‘ética del cowboy’, es la posición dominante en la Modernidad y en el mundo noroccidental. Confía plenamente en el poder tecnológico y considera que los pretendidos problemas ecológicos se resuelven todos ellos gracias a la ciencia y la técnica, y en concreto gracias a la simple extensión del modelo de la economía de mercado” (BALLESTEROS, Jesús. **Ecologismo personalista**: cuidar la naturaleza, cuidar al hombre. Madrid: Tecnos, 1995. p. 190).

caminho defendido por Ballesteros.

## CONCLUSÃO

Importantes contribuições de autores atuais são apresentadas ao debate jurídico com base ou inspiração no pensamento de Giuseppe Capograssi. A profundidade desse autor em seus escritos sobre filosofia moral, política e jurídica ainda é reconhecida, embora desde a perspectiva de um porto seguro na história da filosofia e do pensamento jurídico. Sobre esse itinerário, em que vários outros autores deram o seu aporte, de forma dialogada com nosso autor, é possível encontrar a reflexão necessária para compreender os problemas atuais e, por fim, cada um dedicar-se à busca de respostas que possam garantir, ante os ataques dos ideários reducionistas, a defesa da forma mais verdadeira de visualizar o ser humano, em toda a sua plenitude.

Tomando esse rumo, apresentamos em linhas gerais e para fins de divulgação as ideias mais conhecidas de Capograssi sobre o campo jurídico e seu entorno, especialmente as noções de “ação” e “experiência jurídica”, a fim de tentar, em primeiro lugar, esclarecer o sentido que o autor usa seguidamente em seus textos mais reconhecidos. Partindo da fundamentação apresentada, optou-se por uma abordagem complementar, na qual igualmente se percebe uma confluência (na forma de recepção, mas também de diálogo) entre a filosofia do direito da tradição italiana do início do século XX e a filosofia jurídica espanhola que se consolida com o professor José Corts Grau – este acaba influenciando na obra de seu discípulo Jesús Ballesteros Llompart e, ao mesmo tempo, permitindo que se estabeleça uma espécie de continuidade-atualização do pensamento de Capograssi, ao dar a vênua para o estágio doutoral do orientando na Itália até a finalização da tese junto a Sergio Cotta, discípulo de Giuseppe Capograssi.

Para isso, foi nossa opção trabalhar nesse texto, junto à proposta de Capograssi, algumas indicações que mostram que Ballesteros comunga ou comungou de ideias que se referem a Capograssi. Nesse sentido, dentro da seara filosófico-jurídica em que trabalha Ballesteros – reconhecendo-se que houve repercussões em outras áreas do saber em que o catedrático valenciano igualmente entrou e definiu pautas importantes –, pode-se dizer que geraram

efeitos as tratativas de Capograssi sobre a “ação”. De maneira geral, o autor italiano trabalhou em sua época esse conceito, em seus estudos de filosofia moral do início do século XIX, e conseguiu gerar repercussões, como se viu aqui com Jesús Ballesteros.

Com essas investigações, pretende-se retomar o papel central e genético desse autor italiano no atual debate, no qual Capograssi tem sua importância e deve ser mais lido e estudado. Além disso, propõe-se a relevância da maneira de receber as ideias do autor italiano na Espanha, aqui desde o prisma do modo tradicional de filosofia jurídica de José Corts Grau, com a grande inovação feita por Jesús Ballesteros.

## REFERÊNCIAS

BALLESTEROS, Jesús. Derechos humanos: ontología versus reduccionismos. **Persona y Derecho**, n. 9, p. 239-242, 1982.

BALLESTEROS, Jesús. **Ecologismo personalista**: cuidar la naturaleza, cuidar al hombre. Madrid: Tecnos, 1995.

BALLESTEROS, Jesús. Filosofía del Derecho, conciencia ecológica y universalismo ético. **Diálogo Filosófico**, n. 55, p. 29-38, enero-abril 2003.

BALLESTEROS, Jesús. Il problema della natura umana nella filosofia spagnola. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, IV serie, n. LXXI, p. 704-715, ottobre-dicembre 1994.

BALLESTEROS, Jesús. La constitución de la imagen actual del hombre. **Tópicos - Revista de Filosofía**, Universidad Panamericana, México, n. 15, p. 09-29, 1998.

BALLESTEROS, Jesús. **La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi**. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n. 23. Prólogo de José Corts Grau. Roma - Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973.

BALLESTEROS, Jesús. **Postmodernidad**: decadencia o resistencia. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2000.

BALLESTEROS, Jesús. Sergio Cotta y los retos del siglo XXI. **Persona y Derecho**, n. 57, p. 71-80, 2007.

BALLESTEROS, Jesús. **Sobre el sentido del Derecho**: Introducción a la Filosofía jurídica. Madrid: Tecnos, 1984.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Analisi dell'esperienza comune. In: CAPOGRASSI, G. **Opere**. Vol. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 01-207.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Die Konfliktsituation des heutigen Juristen und das Problem des ungerechten Gesetzes. **Universitas - Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur**, 9. Jahrgang, Januar 1954, Heft 1, p. 25-28.

CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il problema della scienza del Diritto**. Civiltà del Diritto - Collana diretta da Francesco Calasso, curata da Francesco Mercadante. Nuova edizione riveduta a cura di Pietro Piovani. Milano: Giuffrè, 1962.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Il problema della scienza del Diritto. In: CAPOGRASSI, G. **Opere**. Vol. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 375-627.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Studi sull'esperienza giuridica. In: CAPOGRASSI, G. **Opere**. Vol. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 209-373.

CONTU, Alberto. Pluralismo giuridico e problematica etico-politica in Giuseppe Capograssi. **Segni e Comprensione**, anno II, n. 5, p. 74-76, 1988.

CORTS GRAU, José. Axiología y iusnaturalismo. **Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía** (Mendoza, 1949). T. II (Sesiones: V. Axiología y Ética). Buenos Aires: Universidad Nacional de Cuyo, 1950. p. 1281-1266.

CORTS GRAU, José. Prólogo. In: BALLESTEROS, Jesús. **La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi**. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n. 23. Roma - Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973. p. XI-XIV.

COTTA, Sergio. **Il diritto nell'esistenza**: Linee di ontofenomenologia giuridica. Milano: Giuffrè Editore, 1985.

CROCE, Benedetto. **Storia della storiografia italiana nel secolo decimonono**. Scritti di Storia Letteraria e politica, n. XV. Terza edizione riveduta. vol 1. Bari: Gius. Laterza & Figli Tipografi-Editore-Libraii, 1947.

GIULIANI, Alessandro. **La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica**. Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli, vol. LXXXV. Napoli: Libreria Scientifica Editrice, 1974.

PIOVANI, Pietro. Introduzione. In: CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il problema della scienza del Diritto**. Civiltà del Diritto - Collana diretta da Francesco Calasso, curata da Francesco Mercadante. Nuova edizione riveduta a cura di Pietro Piovani. Milano: Giuffrè, 1962, p. III-XXXII.

# **ANÁLISE CONCEITUAL DA NOÇÃO DE LIBERDADE: UMA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE OS MODELOS LIBERAL E REPUBLICANO**

*Marcos Roberto de Lima Aguirre*<sup>\*</sup>

*Gabriel Buttenbender Galetto*<sup>\*\*</sup>

## **INTRODUÇÃO**

O escopo do presente artigo é analisar um diálogo estabelecido entre Norberto Bobbio e Maurizio Viroli, cuja tônica é a distinção entre as noções de autonomia e de independência. O método empregado é o comparativo: estudamos as semelhanças entre determinados grupos ou sociedades, com o fito de melhor compreender o comportamento humano, com referência às instituições juspolíticas, analisando a consistência da diferenciação pretendida pelo republicanismo, especialmente se considerarmos sujeitos destinatários da ideia, extensão de possibilidades do intervencionismo estatal e engenharia institucional.

## **1 A ESCOLA LIBERAL E A LIBERDADE COMO OPOSIÇÃO AO PODER**

Está no cerne da tradição liberal clássica a oposição a regimes e ideias que estimulem a atuação do poder estatal no âmbito

---

\* Doutor em Direito pela UFRGS, Vice-Presidente da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/RS, Membro da Banca Examinadora Unificada do Conselho Federal da OAB, Professor de Direito Privado nas Faculdades João Paulo II - Campus Porto Alegre/RS e Professor Convidado do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Verbo Jurídico na Especialização em Direito Bancário. Eleito Conselheiro Consultivo da Fundação Banrisul de Seguridade Social 2019/2022. Advogado.

\*\* Bacharelado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

da chamada esfera privada do cidadão. A propriedade, a liberdade e a vida são valores de máxima importância para pensadores enquadrados na escola do liberalismo clássico – como John Locke<sup>1</sup> – e encontram-se inseridos no campo do interesse privado. O “descobrimento do direito”, de acordo com a escola do direito natural, extrai de tais valores, faculdades concedidas ao indivíduo.

O jus naturalismo é um pressuposto filosófico do liberalismo e sustenta a doutrina dos direitos dos homens, segundo a qual todos os homens – sem discriminações – gozam de direitos fundamentais relacionados à vida, à liberdade, à segurança e à felicidade<sup>2</sup>.

O reconhecimento de um direito ao cidadão implica atribuir uma faculdade de fazer ou não fazer alguma coisa, e esse fazer ou não fazer se submete à vontade do agente.

O Estado na teoria liberal clássica, é uma criação artificial e contratual de um conjunto de indivíduos que buscam o estabelecimento de vínculos necessários à relação humana. O Estado é, portanto, alheio à convivência humana, não é uma consequência natural da vivência em sociedade<sup>3</sup>.

Logo, a regulamentação do ente estatal no âmbito da esfera privada do indivíduo é compreendida como uma intromissão injustificada. Os direitos, derivados de uma lei natural e positivados no ordenamento jurídico, são os instrumentos do cidadão contra a interferência desnecessária do poder político.

Como resposta às preocupações acerca da manutenção da fruição da esfera privada frente ao Estado, o liberalismo clássico defende um modelo de Estado limitado, que dá conta de dois aspectos: a delimitação dos poderes do Estado e a delimitação das funções do Estado<sup>4</sup>.

O primeiro aspecto origina o chamado “Estado de Direito”, e o segundo, o denominado “Estado Mínimo”. Ambas as noções acarretam a crítica a regimes que concentram poderes ilimitados – Estado Absoluto – e que se responsabilizam a exercer muitas funções – Estado social contemporâneo.

---

<sup>1</sup> LOCKE, John – **Segundo Tratado sobre o Governo**. Trad. Magda Lopes e M. Lobo da Costa. São Paulo: Vozes, passim.

<sup>2</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 11.

<sup>3</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 14.

<sup>4</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 17.



Dessa forma, a escola liberal entende que o controle de possíveis abusos de poder é facilitado quando a esfera de atuação do Estado é reduzida. Um Estado mínimo, com menos encargos, é mais bem contido do que um poder político inchado.

A preocupação de conter a capacidade de intervenção do poder público é consequência direta da noção de que a liberdade é um valor oposto ao poder, como define Norberto Bobbio:

Há uma acepção de liberdade – que é a acepção prevalecente na tradição liberal – segundo a qual “liberdade” e “poder” são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em contraste entre si e são, portanto, incompatíveis: nas relações entre duas pessoas, à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo da outra, e vice-versa, à medida que a segunda amplia a sua esfera de liberdade diminui o poder da primeira<sup>5</sup>.

O exercício de um poder é uma interferência, e a liberdade é o campo de atuação em que se pode exercer uma faculdade, um fazer ou não fazer subordinado ao arbítrio do agente. Portanto, a liberdade reside na ausência de impedimentos à ação desse agente. O indivíduo encontra-se livre quando não se submete a restrições - com exceção àquelas impostas pelas normas.

O campo de atuação em que não há impedimentos a um fazer ou não fazer denominou-se, posteriormente, “liberdade negativa”<sup>6</sup>, e será objeto de análise na próxima subseção, a partir da diferenciação entre a referida liberdade e a “liberdade positiva”.

## **1.1 Uma comparação entre a liberdade positiva e a liberdade negativa**

Pretendemos realizar uma distinção entre a liberdade negativa e a liberdade positiva, que se mostrará necessária à continuidade do estudo, não apenas para melhor compreendermos a noção liberal de liberdade como, também, quando nos voltarmos à

---

<sup>5</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 20.

<sup>6</sup>BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

análise da chamada “liberdade como não dominação”, na seção sobre o republicanismo moderno. Adotamos como base à pretendida diferenciação os trabalhos de Isaiah Berlin e Norberto Bobbio.

A liberdade negativa consiste na restrição ao poder de interferência, enquanto que a liberdade positiva prega a autodeterminação. Aqueles que sustentam o polo negativo da liberdade compreendem que ser livre é não sofrer interferências de terceiros. Um indivíduo, assim, é livre quando goza de uma área de atuação (determinada pelas normas) em que não é impedido e nem encorajado a realizar determinada conduta, como afirma Berlin:

Sou livre na medida em que ninguém ou nenhum grupo de indivíduos interfere com as minhas atividades. A liberdade política, nesse sentido, é simplesmente a área em que posso agir sem sofrer limitações de terceiros. Ao contrário, coerção significa a interferência deliberada de outros seres humanos na área em que eu poderia, de outra forma, agir.<sup>7</sup>

Por outro lado, a liberdade positiva entende que o cidadão é livre quando ele dispõe de mecanismos para influenciar a tomada de decisões às quais deve se submeter. Trata-se de um critério que prima pela capacidade do indivíduo de ser o seu próprio senhor – de se autogovernar:

[...] a liberdade no Estado civil consiste no fato de o homem, enquanto parte do todo social, como membro do eu comum, não obedecer a outros e sim a si mesmo, ou ser autônomo no sentido preciso da palavra, no sentido de que dá leis a si mesmo e obedece apenas às leis que ele mesmo se deu [...]<sup>8</sup>

O segundo é que o polo negativo da liberdade pode ser compreendido como uma liberdade na ação, já o polo positivo pode ser concebido como uma vontade na ação<sup>9</sup>. A liberdade na ação respeito é referente a não restrição física ao exercício de uma conduta, quando a ação não encontra impedimentos para a sua

---

<sup>7</sup> BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 12.

<sup>8</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 20

<sup>9</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 52 et. seq.

realização. Ao passo que a vontade na ação se relaciona ao elemento volitivo do agir: “eu agi de acordo com a minha vontade? Eu quis realizar determinada conduta?”.

A terceira divergência se dá na conclusão de que a liberdade negativa é uma liberdade civil, enquanto que a liberdade positiva é uma liberdade política<sup>10</sup>. O polo negativo, então, dá conta de direitos civis, como: a liberdade de culto religioso, a livre iniciativa e a liberdade de ir e vir. A liberdade política, por sua vez, volta-se aos direitos de participação política: o direito de votar e ser votado, de declarar guerra e celebrar a paz e de influenciar na formação das instituições do Estado.

A última diferença é que a liberdade negativa refere-se ao indivíduo, ao passo que a liberdade negativa se direciona ao ente coletivo<sup>11</sup>. Em conformidade com a escola liberal, o polo negativo da liberdade pressupõe que a sociedade nada mais é do que a soma de vários indivíduos autônomos. O polo positivo da liberdade, por sua vez, compreende a sociedade como um corpo social, um todo orgânico.

Ademais, há de se ressaltar que falamos em distinção e não em oposição. A presença em uma situação de um elemento de um dos polos da liberdade não implica necessariamente a ausência de características da outra noção de liberdade.

Como diz Norberto Bobbio “não é de modo algum contraditório dizer que eu gozo da liberdade religiosa mesmo que não tenha escolhido livremente a religião que livremente professo”<sup>12</sup>. O exercício livre da religião é uma ausência de interferência (uma liberdade de ação), e a escolha não livre da religião é uma falta de vontade na ação.

## **1.2 Benjamin Constant: da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**

O famoso ensaio de Benjamin Constant “Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos” se mostra essencial ao nosso

---

<sup>10</sup>Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 54.

<sup>11</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 57.

<sup>12</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p.53.

trabalho, uma vez que estabelece as bases para a diferenciação entre a liberdade positiva e a liberdade negativa - feita, posteriormente, por Isaiah Berlin.

Constant se propõe a analisar dois tipos de liberdade, as denominadas “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos”. Esta identificada aos anseios das democracias modernas pela proteção às liberdades individuais, e aquela identificada aos desejos dos antigos pela participação nas decisões do poder público<sup>13</sup>.

A liberdade dos modernos, segundo Constant, obedece à máxima da proteção à independência individual: o indivíduo age de acordo com a sua vontade e em respeito às leis:

É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar contas de seus motivos ou de seus passos (CONSTANT, 1980, p. 2).

O objetivo dos modernos é de garantir a fruição dos privilégios privados e impedir que o poder público possa interferir. Como se pode notar, trata-se de um conceito bastante similar à liberdade negativa.

A liberdade dos antigos, por sua vez, consiste na cooperação dos cidadãos para a formação de uma comunidade: os indivíduos decidem em conjunto os rumos que o todo deve seguir:

Esta última consistia em exercer coletivamente, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros os tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; [...] (CONSTANT, 1980, p. 2).

---

<sup>13</sup> Constant, B. **Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos**. Trad. Loura Silveira, 1980, passim.

O objetivo dos antigos é de tornar o cidadão ativo na vida política, fazer com que cada membro da comunidade que fosse titular de direitos políticos, que pudesse deliberar em praça pública, partilhando do poder público. A liberdade dos antigos é muito similar ao que depois foi chamado de liberdade positiva, ainda mais se considerarmos o apelo de ambas as noções à participação política.

Benjamin Constant, um liberal clássico, demonstrou maior afinidade à concepção moderna de liberdade e via na liberdade dos antigos traços permissivos à tirania:

Assim, entre os antigos o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exige, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence.<sup>14</sup>

Segundo o autor ele, a liberdade individual seria a verdadeira liberdade moderna<sup>15</sup>; contudo, a sua defesa pela visão moderna de proteção à esfera privada do indivíduo não justificaria uma possível perda de importância da liberdade política.

Por isso, alerta que “o perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos [...] a nosso direito de participar do poder político”<sup>16</sup>.

Com base nisso, a visão de Benjamin Constant demonstra certa preferência à liberdade moderna, porém ao mesmo tempo dá claros indícios de que os dois tipos de liberdade não são necessariamente incompatíveis: “Longe, pois, Senhores, de renunciar

---

<sup>14</sup> Constant, B. **Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos**. Trad. Loura Silveira, 1980, p. 2.

<sup>15</sup> Constant, B. **Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos**. Trad. Loura Silveira, 1980, p. 10.

<sup>16</sup> Constant, B. **Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos**. Trad. Loura Silveira, 1980, p. 12.

a alguma das duas espécies de liberdade de que vos falei, é preciso aprender a combiná-las”<sup>17</sup>.

A preocupação do autor de combinar as duas noções de liberdade é a mesma do republicanismo moderno, como veremos posteriormente na seção dedicada a este movimento.

### **1.3 A liberdade no modelo liberal clássico de Estado**

O primeiro ponto a ser observado acerca da relação da liberdade negativa com o modelo liberal clássico de Estado é o de que se trata de uma liberdade em relação ao Estado<sup>18</sup>. A liberdade em relação ao Estado consiste na compreensão de que o indivíduo procura se proteger do poder público e, para tanto, busca a paulatina emancipação do controle estatal.

Cumprе ressaltar o que já foi dito sobre as noções de delimitação de poderes e funções do Estado: quanto menor forem as suas funções e os seus poderes, maior será a esfera de atuação do indivíduo - e, portanto, maior será a liberdade deste.

A liberdade negativa, como discutimos, é o campo delimitado pelas normas em que o indivíduo está liberado a fazer ou não fazer determinada conduta. Proponho observarmos o termo “delimitado pelas normas”. A defesa das normas – no seu sentido lato – como limites à ação do cidadão nos revela o acordo da liberdade negativa com outro pressuposto do Estado liberal clássico: a igualdade formal.

“Todos os indivíduos são iguais perante a lei”, seguramente trata-se de um dizer popularizado entre os movimentos constitucionais modernos, e a sua pretensão prática é de evitar a divisão da sociedade em estamentos, em que cada estamento dispõe de direitos e deveres próprios<sup>19</sup>.

Quando o combinamos à noção de liberdade negativa, podemos concluir que cada indivíduo é titular de iguais direitos -

---

<sup>17</sup> Constant, B. **Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos**. Trad. Loura Silveira, 1980, p. 13.

<sup>18</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 21.

<sup>19</sup> O Código Prussiano de 1794 admite três categorias de sujeitos de direito: os camponeses, os burgueses e os nobres. Cada qual dispõe de direitos e deveres específicos.

faculdades de fazer ou não fazer- e que a diferenciação se daria por meio da ação dentro dos limites desses direitos.

Posto que a pretensão do Estado liberal clássico seja de garantir a paulatina emancipação da sociedade civil do poder público, e que o indivíduo, dotado de iguais direitos em relação aos demais, está liberado a agir dentro dos limites da lei, caberia então ao interesse privado movimentar a sociedade. A proteção da esfera privada do cidadão solidifica a liberdade econômica e, conseqüentemente, o papel deste para movimentar os negócios.

Interesse privado e interesse público não se confundem: dificilmente o Estado estaria autorizado a se intrometer naquilo que coubesse ao âmbito da fruição dos privilégios privados – a menos que a ação se traduzisse em uma ofensa ao direito de outrem. Assim, cada indivíduo goza da liberdade de desenvolver as suas faculdades.

Dessa forma, possíveis intervenções do Estado na esfera privada do cidadão são vistas com maus olhos. Uma intervenção, como já vimos, é um poder, e a liberdade é uma ausência de interferências: quanto menos interferências, mais liberdade. Por isso, a delimitação rígida daquilo que é função do Estado – e a conseqüente noção de Estado mínimo.

O poder público, portanto, não estaria autorizado a interferir na liberdade econômica do cidadão, regulamentando os seus negócios. Há, no pensamento liberal, a ideia de que “Todas as vezes que os governos pretendem realizar negócios, eles o fazem menos bem e com menos vantagem do que nós (CONSTANT, 1980, p. 5)”.

A partir do momento em que se sustenta a separação do interesse privado do interesse público, admitindo-se pouca intervenção estatal naquilo que cabe ao indivíduo, o Estado se coloca na posição de neutralidade em relação à definição de uma noção de bem-estar ao cidadão.

A preocupação do liberalismo é de garantir os meios para que o indivíduo, dotado da liberdade negativa, aja de acordo com as próprias convicções: o fim que cada um dá a sua vida não é uma preocupação do Estado liberal, uma vez que as suas respectivas escolhas não resultem ofensa ao direito de outrem. Trata-se, de certa forma, de um elogio da variedade<sup>20</sup> – diferentes modelos de vida são

---

<sup>20</sup> Bobbio, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 26.

aceitos sem a tentativa de estabelecimento de uma relativa uniformidade comportamental.

Por fim, antes de encerrarmos a sessão dedicada à liberdade negativa e ao liberalismo clássico, pretendemos elencar duas críticas à visão liberal de liberdade.

A primeira diz respeito ao que Constant já alertava quando analisara a liberdade dos antigos: a primazia pela proteção das fruições privadas pode acarretar uma possível inércia relativa à atuação na esfera política. O Estado liberal clássico não tem um necessário compromisso com a democracia e com a participação política. Como pode ser verificado na historiografia, um dos problemas de representação política na era deste modelo de Estado foi o baixo número de votantes, estimulado pela adoção do voto censitário.

A outra crítica, que será melhor desenvolvida na próxima seção, é o fato de que considerar a liberdade como o mero campo de atuação dentro dos limites da lei parece desconsiderar várias situações em que um indivíduo – dotado de liberdade negativa – carece de liberdade em sua realidade social.

Tal consideração nos leva a compreendermos que a simples liberdade em relação ao Estado é incompleta frente aos problemas que um cidadão pode enfrentar no decorrer da sua vivência em sociedade.

## **2 A ESCOLA REPUBLICANA MODERNA E O SEU CONCEITO DE LIBERDADE**

O republicanismo, neste trabalho, não pode ser compreendido como a mera oposição à forma de estado monárquica, mas sim de tratar-se de uma escola da filosofia política autônoma e diversa das demais escolas comunitária e liberal. Conforme John Maynor, as bases deste movimento se encontram no pensamento da Antiga Grécia, da Antiga Roma e em autores como: Maquiavel, Montesquieu, Harrington e Madison<sup>21</sup>.

O republicanismo moderno, por sua vez, é a releitura dos autores identificados à tradição republicana com fins de trazer seus

---

<sup>21</sup> MAYNOR, John W. Republicanism in the modern world. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 10.



trabalhos de volta à discussão contemporânea. John Maynor, Maurizio Viroli, Phillip Pettit e Quentin Skinner são alguns dos que desenvolveram este estudo.

Uma das preocupações dos trabalhos inseridos neste último movimento é a de criar alternativas aos arranjos institucionais contemporâneos, a partir de critérios que levam em consideração valores relacionados à cidadania e à virtude cívica. Assim, o republicanismo moderno desenrola o seu conceito de liberdade, denominado “liberdade como não dominação”.

Phillip Pettit, utilizando como ponto de partida a equação de Isaiah Berlin para a classificação da liberdade, sustenta que a liberdade republicana é um modelo alternativo. A liberdade negativa se volta à ausência de interferências, e a positiva, à autodeterminação.

A republicana, por outro lado, combina ambos os elementos, considerando a liberdade como a ausência de dominação<sup>22</sup>. “*The condition of liberty is explicated as the status of someone who, unlike the slave, is not subject to the arbitrary power of another, that is, someone who is not dominated by someone else*”<sup>23</sup>.

A questão central para compreendermos o que a liberdade republicana significa e como ela combina características dos dois polos de liberdade da equação de Berlin é a diferenciação entre interferência e dominação.

A interferência se dá quando há algum tipo de intervenção na ação de um indivíduo – como a colocação de um obstáculo ou um impedimento à sua realização –, enquanto que a dominação se caracteriza quando as escolhas ou atividades de um cidadão estão condicionadas à vontade arbitrária de outrem<sup>24</sup>.

O que define a submissão de um indivíduo a uma vontade arbitrária é a falta de mecanismos que possibilitem com que os seus interesses sejam ouvidos. O agente que não considera as opiniões daquele que se submete à sua ação exerce uma interferência

---

<sup>22</sup> PETTIT, P. *Republicanism: a theory of freedom and government*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 21.

<sup>23</sup> PETTIT, P. *Republicanism: a theory of freedom and government*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 31.

<sup>24</sup> MAYNOR, John W. *Republicanism in the modern world*. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 37.

arbitrária, e o coloca em condição de dominado.

Ademais, não importa o resultado dessa dominação, o importante para avaliarmos se há ou não liberdade no sentido republicano é a condição de dominado, mesmo quando pudermos constatar que a interferência arbitrária de um cidadão foi benéfica a outro.

*The key to determining what is considered to be arbitrary, then, is not whether or not the arbitrary interference is beneficial or harmful. Rather, the key to determining what is arbitrary centers on whether or not the interfering agent consulted and tracked the opinions or interests of the agent subjected to the interference<sup>25</sup>.*

Como já dissemos, interferência e dominação são coisas distintas. A dominação se caracteriza quando há uma interferência arbitrária – o sujeito dominado não tem a sua opinião ouvida –, porém a mera interferência não caracteriza a falta de liberdade no sentido republicano. A submissão ocorre no momento em que o indivíduo tem a sua vontade substituída pela vontade de outrem ao sofrer uma interferência arbitrária.

Uma interferência institucional, por exemplo, que leve em conta os interesses dos cidadãos antes de agir não é arbitrária, portanto, não acarreta estado de dominação. Trata-se de uma interferência sem restringir a liberdade<sup>26</sup> – como veremos na próxima subseção.

A determinação do estado de dominação como critério para avaliar a situação de liberdade nos revela que há uma pretensão de conjugação dos polos de liberdade negativo e positivo no modelo republicano. O republicanismo moderno ataca a interferência arbitrária (a interferência é uma preocupação da liberdade negativa), causadora da situação de dominação e da consequente falta de autodeterminação – a autodeterminação é defendida pela liberdade positiva.

Dessa forma, o republicanismo moderno procura criar mecanismos de proteção ao indivíduo contra arbitrariedades do

---

<sup>25</sup> MAYNOR, John W. *Republicanism in the modern world*. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 38.

<sup>26</sup> MAYNOR, John W. *Republicanism in the modern world*. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 40.

estado em relação ao indivíduo e do cidadão em relação a outro cidadão, tendo como ponto central a autodeterminação.

A manutenção da liberdade como não dominação exige um corpo institucional dotado de mecanismos capazes de garantir espaços de manifestação aos cidadãos, assim como provisões constitucionais responsáveis por promover os valores da liberdade republicana<sup>27</sup>.

A próxima subseção se voltará para a questão da formação de instituições e a atuação destas no fortalecimento da liberdade republicana, além de tratar da capacidade do cidadão de se proteger de possíveis interferências arbitrárias. Essas duas formas de afastar a dominação foram denominadas por Phillip Pettit como “*two forms of power*” da liberdade como não dominação<sup>28</sup>.

## 2.1 Os dois poderes da liberdade como não dominação

Na subseção anterior, discutimos o conceito republicano de liberdade, voltado ao combate à situação de dominação, caracterizada pela submissão de um indivíduo a uma vontade arbitrária. O valor republicano de liberdade necessita de um amparo nos chamados dois poderes da liberdade como não dominação: o “*constitutional power*” e o “*reciprocal power*”.

O “*constitutional power*” – o chamaremos também de “poder constitucional” – aparece por meio da ação das instituições e das leis que buscam promover a liberdade republicana, prevenindo a ocorrência de uma interferência arbitrária<sup>29</sup>. A formação de tais instituições e leis se dá por meio de fóruns, em que a população pode ter os seus interesses ouvidos e levados em consideração no momento da tomada de decisões. Como explica John Maynor:

*[...] these constitutional provisions will be driven by the principles of nondomination and will therefore not dominate other in any way*

---

<sup>27</sup> MAYNOR, John W. *Republicanism in the modern world*. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 42.

<sup>28</sup> MAYNOR, John W. *Republicanism in the modern world*. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 42.

<sup>29</sup> MAYNOR, John W. *Republicanism in the modern world*. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 42.

*because they will be based upon the interests and ideals of those whom they seek to protect “[are] suitably responsive to the common good”.*

O arranjo institucional no Estado republicano tem o papel de criar mecanismos capazes de garantir a promoção e a manutenção da liberdade como não dominação, por isso está legitimado a agir nas situações em que verificar uma dominação. O dominador ficará sujeito, inclusive, a sanções, caso a interferência arbitrária não cesse<sup>30</sup>.

Phillip Pettit exemplifica com o caso da esposa que teme agir de determinada forma, porque o marido não a autoriza. Mesmo nessa circunstância, há a possibilidade de interferência das instituições com o objetivo de promover a liberdade dela, impedindo a dominação do marido.

Cumprir destacar a importância do cidadão nesse contexto, o objetivo dessas provisões constitucionais, como já foi dito, é de proteger o indivíduo contra possíveis arbitrariedades. Portanto, quando as instituições passarem a operar em desacordo com a liberdade republicana, será o cidadão o responsável por contestar as decisões do poder público. John Maynor enfatiza:

*If the constitutional provisions of nondominantion are to maximize nondomination and not become dominators themselves, then the citizenry must play a central role in keeping them in check so that they track their interests and opinions, even as these change. In other words, it is essential that the citizens play an active and primary role in ensuring that the laws and institutions of the state do not interfere in their lives in an arbitrary manner. Without active contestation and oversight, the threat of the state domination becomes greater and liberty is at risk<sup>31</sup>.*

O “*reciprocal power*” – também o chamaremos de “poder recíproco” – manifesta-se por meio da reflexão que cada indivíduo, dentro do Estado republicano, deve fazer acerca de suas ações. Para

---

<sup>30</sup> MAYNOR, John W. Republicanism in the modern world. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 75.

<sup>31</sup> MAYNOR, John W. Republicanism in the modern world. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 42, 43.

não ser dominado e nem dominar os outros, cada cidadão tem a responsabilidade de evitar que as suas próprias ações acarretem arbitrariedades:

*Individuals must take account of and track other individuals' interests before they can act without dominating them. To this end, individuals must consider how their actions will affect other and vice versa by treating others with the necessary civility and mutual respect that the reciprocal power of nondomination requires*<sup>32</sup>.

Para tanto, faz-se necessário um esforço do indivíduo na tentativa de descobrir quais são os interesses dos outros cidadãos. Por isso, cada um deve publicitar os seus próprios interesses, no intuito de facilitar a comunicação em sociedade.

Dessa forma, fica clara a busca do republicanismo moderno por resolver os conflitos da vida em comunidade por meio do diálogo. A resolução de possíveis problemas passa inerentemente pelo ato de ouvir o outro lado e de ter os seus interesses levados em consideração.

A finalidade do republicanismo moderno ao colocar no indivíduo a responsabilidade de realizar uma reflexão sobre as suas ações é de educar os desejos da população e moldar os seus objetivos<sup>33</sup>.

No momento em que cada cidadão aprende a tratar com respeito os interesses dos outros, não agindo de forma arbitrária, a harmonia das relações é alcançada, através do diálogo, dirimindo conflitos. O modelo de Estado republicano busca enquadrar os objetivos de vida de cada indivíduo de uma forma que estejam de acordo com a liberdade como não dominação. Como vimos, o agente que não respeitar a liberdade republicana poderá se submeter a sanções por parte das instituições.

Assim, dizemos que o poder constitucional procura acomodar o interesse privado ao interesse público, fazendo com que as instituições ajam de acordo com a manifestação dos cidadãos – apelando à

---

<sup>32</sup> MAYNOR, John W. Republicanism in the modern world. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 53.

<sup>33</sup> MAYNOR, John W. Republicanism in the modern world. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 56, 57.

participação política. Enquanto que o poder recíproco busca enquadrar os objetivos de vida de cada cidadão aos limites da liberdade republicana, promovendo a reflexão do indivíduo acerca de suas ações.

Na próxima subseção, trataremos das denominadas três vantagens da liberdade como não dominação, a partir dos trabalhos de Phillip Pettit e John Maynor.

## **2.2 As três vantagens da liberdade como não dominação**

A primeira vantagem de um Estado baseado na noção republicana de liberdade é que os cidadãos ficam menos expostos à ansiedade e à incerteza sobre aqueles que desejam interferir arbitrariamente em suas vidas<sup>34</sup>. Em um sistema que não adota as proteções da liberdade como não dominação, o indivíduo não sabe de onde ou de quem pode vir a experimentar uma interferência arbitrária, aumentando o nível de incerteza diante dos desafios da convivência em sociedade.

*“Maximizing freedom as nondomination will lower the degree to which agents are subject to arbitrary interference and, because the interference that they experience tracks their interests and opinions, uncertainty and anxiety are reduced”*<sup>35</sup>

As interferências que o cidadão sofre em um modelo de Estado republicano são aquelas que seguem os seus interesses, uma vez que a ação das instituições estatais é moldada pela participação política daquele.

A mesma coisa não acontece em um sistema que adota a noção de liberdade negativa. Quando o Estado tem a sua capacidade de intervenção enfraquecida, um indivíduo passa a sofrer mais interferência de outros, visto que recebe menos proteção das instituições estatais<sup>36</sup>.

Aliás, vale ressaltar que a interferência que um cidadão sofre

---

<sup>34</sup> MAYNOR, John W. *Republicanism in the modern world*. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 44.

<sup>35</sup> PETTIT, P. *Republicanism: a theory of freedom and government*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 85.

<sup>36</sup> PETTIT, P. *Republicanism: a theory of freedom and government*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 86.

de outro cidadão não leva necessariamente em consideração os interesses do primeiro. Assim, aquele que sofre com tal impedimento tem os seus níveis de incerteza e ansiedade aumentados.

A segunda vantagem da noção republicana de liberdade é que o indivíduo tem menos necessidade de se preparar contra possíveis interferências arbitrárias em sua vida<sup>37</sup>. O cidadão não precisa se antecipar ou se preparar contra os efeitos de uma situação de dominação, uma vez que é papel das instituições agirem contra os dominadores.

*“An agent who lives in a state characterized by republican liberty as nondomination will be freed from this responsibility. The degree to which agents have to plan strategically to cope with arbitrary interference is reduced the more nondomination is maximized”*<sup>38</sup>

Mais uma vez, as possíveis interferências que alguém em um modelo de Estado republicano sofre são aquelas que levam em consideração os seus interesses. Portanto, não ferem a liberdade republicana. Em um sistema moldado pela liberdade negativa, por outro lado, os cidadãos terão que se preparar, criando planos contra possíveis interferências alheias aos seus interesses.

A terceira vantagem é que aqueles que vivem em um Estado baseado na noção republicana de liberdade estão mais ou menos em pé de igualdade em relação à qualidade da liberdade de que gozam<sup>39</sup>. Assim, o cidadão se sente confortável de sua condição, possibilitando maior confiança na convivência em sociedade:

*As the amount of arbitrary interference that na agent experiences decreases, their self-image improves, as does the image that they project because it becomes common knowledge that they, along with others, stand on an equal footing, secure in their freedom. In the words of Pettit, ‘they can look the other person in the eye: they do not have to bow and scrape’*<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> MAYNOR, John W. Republicanism in the modern world. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 44.

<sup>38</sup> MAYNOR, John W. Republicanism in the modern world. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 45.

<sup>39</sup> PETTIT, P. Republicanism: a theory of freedom and government. New York: Oxford University Press, 1997, p. 87.

<sup>40</sup> MAYNOR, John W. Republicanism in the modern world. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 46.

Não se pode dizer o mesmo em um sistema que adota a liberdade negativa: no momento em que temos que nos preparar contra possíveis interferências alheias aos nossos interesses e temos os nossos níveis de ansiedade e incerteza aumentados, não conseguiremos nos imaginar como iguais em relação ao gozo da liberdade:

*The distinction becomes clear when we consider the difference between knowing that the other is not going to interfere arbitrarily with you and knowing that the other has the option of interfering arbitrarily with you (even if he chooses not to do so). Knowing that another has the option of interfering arbitrarily with me (even if such actions are unlikely) is still going to place me in a subordinate position and damage my status and image of myself because while I might enjoy a high degree of non-interference I know that my status is that of a subordinate. I know that I have an unequal share of power in my relationship with the dominator, who retains the option of interfering arbitrarily with me.<sup>41</sup>*

Para Phillip Pettit e John Maynor, cada uma das vantagens faz com que a liberdade como não dominação seja, de fato, mais complexa do que a liberdade negativa, oferecendo maior proteção ao cidadão em sua realidade social.

### **2.3 A liberdade no modelo republicano de estado**

A liberdade republicana é conceituada como a ausência de dominação: o indivíduo, para não ser dominado, deve dispor de mecanismos capazes de garantir com que as suas opiniões sejam levadas em consideração antes de sofrer alguma interferência. Com isso, a liberdade como não dominação parece, diferentemente da liberdade negativa, concentrar seus esforços na questão substancial da liberdade. Aquele cidadão em dada situação específica goza ou não de igual liberdade em relação aos outros?

A preocupação do modelo republicano de Estado é fazer com que os indivíduos disponham de liberdade nos seus respectivos

---

<sup>41</sup> MAYNOR, John W. Republicanism in the modern world. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 47.



contextos sociais. Enquanto que a liberdade como não interferência se limita a impedir que o Estado se intrometa nas questões de interesse privado – ignorando situações em que um cidadão, dotado de liberdade negativa, não é capaz de desfrutar da liberdade porque sofre interferências arbitrárias na sua realidade social.

Quando discutimos os poderes constitucional e recíproco, salientamos o papel das provisões constitucionais na promoção e manutenção da liberdade republicana. As instituições, juntamente à reflexão dos indivíduos acerca de suas ações, têm o dever de educar as massas para que cada cidadão tenha os seus objetivos de vida enquadrados na liberdade como não dominação.

John Maynor reforça: *“Modern republicanism seeks to ensure that individuals are free from any actual or threatened arbitrary interference so that they can decide those things that are valuable, and those things are not, as long as their choices are consistent with others enjoying liberty as nondomination”*<sup>42</sup>.

A constatação de que o republicanismo moderno busca de certa forma moldar os objetivos de vida de cada indivíduo nos revela que o modelo de Estado republicano define uma relativa noção de bem-estar social. Dessa forma, rompe com a pretensão de neutralidade do modelo liberal de Estado em relação aos fins que cada cidadão define para a sua vida.

Posto que o republicanismo moderno, a partir da promoção dos valores da liberdade como não dominação, pretende criar mecanismos de proteção ao indivíduo contra arbitrariedades e definir uma relativa noção de bem estar social, podemos então ressaltar talvez o ponto central da diferença entre os modelos de Estado republicano e liberal: A capacidade de intervenção nas relações sociais.

O modelo republicano de Estado ao conceituar a liberdade como a ausência de dominação fica legitimado a agir contra aqueles que interferem arbitrariamente sobre outrem. Vale ressaltar que o enquadramento de uma interferência como arbitrária é necessariamente valorativa, o que acaba por ampliar as possibilidades de intervenção estatal.

---

<sup>42</sup> MAYNOR, John W. *Republicanism in the modern world*. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 71.

A mesma coisa não acontece em um sistema baseado na liberdade negativa, a interferência governamental, ao contrário, é quase sempre vista com maus olhos – e por isso mesmo dizemos que a liberdade liberal é em relação ao Estado.

Na subseção dedicada aos dois poderes da liberdade como não dominação, elencamos o papel do cidadão de contestação das decisões do poder público, de participação na formação das provisões constitucionais e de reflexão acerca de suas próprias ações. Dessa forma, constatamos que o modelo de Estado republicano atribui ao indivíduo uma série de responsabilidades para a melhor convivência em sociedade.

O cidadão republicano é parte essencial ao funcionamento das instituições e à promoção da liberdade como não dominação. Portanto, o republicanismo moderno garante mecanismos de participação política e de autodeterminação aos indivíduos. No sistema liberal, por outro lado, o que vimos foi um desinteresse da população acerca das questões públicas, causando um relativo esgotamento da participação do cidadão no cotidiano político.

Ademais, o republicanismo moderno admite a cooperação do interesse público com o interesse privado. Como ora discutido, a participação política do cidadão na formação das instituições tem a função de acomodar o interesse privado ao interesse público. Assim, ambos movem a sociedade em uma situação de mútuo respeito e, principalmente, de respeito aos valores da liberdade como não dominação.

Antes de encerrarmos a seção acerca da liberdade republicana, gostaríamos de trazer uma crítica ao modelo republicano de Estado. No momento em que o republicanismo moderno atribui uma série de responsabilidades aos cidadãos, parece depender demais da assimilação destes aos valores da liberdade como não dominação. Caso a educação promovida pelas instituições não funcione, todo o sistema se torna inefetivo, restando a proteção à liberdade republicana ao campo teórico.

## CONCLUSÃO

O artigo buscou fazer uma distinção entre a “Análise Conceitual da Noção de Liberdade: Uma Contraposição entre os Modelos Liberal e Republicano”, diferenciando os modelos de Estado a partir também da distinção de seus respectivos conceitos de liberdade entre o Maurizio Viroli e o Norberto Bobbio no livro *DIALOGO INTORNO ALLA REPUBBLICA*.

Após avaliar o debate acerca da liberdade, apontando as nomenclaturas, como a “liberdade negativa” e a liberdade compreendida como “não dominação”. Demonstramos, de modo sucinto, as finalidades para as quais serviam tais concepções dentro de cada modelo de funcionamento do estado.

Em um segundo momento, analisou-se o conceito de liberdade negativa, entendida como a esfera em que o indivíduo não se submete a uma obrigação de realizar determinada tarefa pelo órgão que detém o poder.

A pesquisa buscou definir à compreensão da liberdade republicana, que significa, resumidamente, não se sujeitar a nenhuma vontade considerada arbitrária. Assim, amplia-se o campo da liberdade, já que não se limita à esfera formal – à relação do indivíduo com o poder público –, mas se faz presente na esfera substancial, na própria realidade social em que o indivíduo se encontra.

## REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Dialogo intorno alla repubblica**. Bari: Laterza, 2003.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos**. Trad. Loura Silveira, 1980.

MAYNOR, John W. **Republicanism in the modern world**. Cambridge: Polity Press, 2003.

PETTIT, Philip. **Republicanism**: a theory of freedom and government. Oxford: Oxford University Press, 1999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Trad. Trad. Magda Lopes e M. Lobo da Costa. São Paulo: Vozes.

VIROLI, Maurizio. **Republicanism**. Trad. Antony Shugar. Nova Iorque: Hill and Wang, 2002.

## EQUIDADE E MISERICÓRDIA OU POR QUE A LEI NÃO É UMA ARMA CONTRA OS INIMIGOS

*Alejandro Montiel Alvarez\**

O jornal A Folha de São Paulo de hoje (11/11/2019) estampa duas manchetes que simbolizam bem os nossos tempos de radicalismo: “Lula se referiu a gestão de Bolsonaro como de milicianos”; “Lei de Segurança Nacional está aí para ser usada, diz Bolsonaro sobre Lula”. Ambos os protagonistas políticos querem que o Estado use suas normas contra o seu opositor e o persiga. Nesse contexto, as leis deixam de ser a aliança que torna todos os cidadãos iguais e passa a ser vista como uma arma contra inimigos. Para entender os problemas desse uso distorcido do Direito, revisita-se Aristóteles e a virtude da equidade.

O homem equitativo (*epieikés*)<sup>1</sup> parece incorporar na obra aristotélica todo o sentido de uma atenuação da cruel rigidez da lei. Esse sentido do conceito se deriva diretamente do uso tradicional como benevolência.<sup>2</sup> O *equitativo*, enquanto cidadão, é benevolente e sabe ceder quando a lei está ao seu lado e, enquanto juiz, julga os

---

\* Professor adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Possui Doutorado e Mestrado em Direito realizados junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), e graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

<sup>1</sup> Em várias passagens o termo *epieikés* é associado com o de bom (*agathos*) ou de *spoudaiou*, em outras, com o de homem prudente (*phronimos*). Como, por exemplo, em Tóp. II, 113a.

<sup>2</sup> Essa tradição parece não ter sido esgotada em tempos precedentes a Aristóteles. Em várias passagens da Bíblia, por exemplo, encontra-se o adjetivo grego *epieikés*, como em: 1Tm 3:3; 1Pd 2:18; Tt 3:2. Neste último, o apóstolo Paulo diz que não se deve difamar ninguém, mas ser *epieikés*. A palavra *epieikeia* também é utilizada outras vezes como em Fl 4:5 e em Mt 18:23-35.

outros de forma indulgente. Pois, o *equitativo* – aquele que pratica e escolhe a *equidade* – desenvolveu bem a *gnóme* e a *syggnóme*, o juízo e a indulgência. Esse sujeito sabe perdoar as falhas humanas e não é ganancioso, não sofre do vício de *pleonexia*.<sup>3</sup> Ele se opõe ao homem *akribodikaios*, cuja descrição é a de alguém obstinado por justiça, aquele que nunca abre mão de seus direitos. O *equitativo* realiza aquilo que Aristóteles descreve na Retórica:

É igualmente próprio da equidade perdoar as falhas humanas. Também olhar, não para a lei, mas para o legislador; não para a palavra, mas para a intenção; não para a parte, mas para o todo; não para o que uma pessoa agora é, mas para o que ela sempre foi ou o tem geralmente sido. Também lembrar-nos mais do bem do que do mal que nos foi feito, e dos benefícios recebidos mais do que dos concedidos. Também suportar a injustiça sofrida. Também desejar que a questão se resolva mais pela palavra do que pela ação.<sup>4</sup>

Aristóteles opõe a *equidade* a uma interpretação baseada na mera letra da lei; o homem naturalmente deve ser benevolente com o seu próximo. A manutenção da comunidade política e o desenvolvimento da humanidade dependem dos laços de *philia* entre os homens. Essa relação foi criada pela lei e é mantida pela lei, não sendo portanto, justificável utilizar a lei apartada de sua finalidade. A lei não apenas dá as condições para o pleno desenvolvimento dos homens, mas lhe conduz nesse caminho. Os castigos da lei apenas se justificam se forem pedagógicos, isto é, o homem que recebe uma sanção a recebe para o seu próprio bem. Porém, quando a infração à lei não se deu por um movimento interno ao agente – isto é, por sua escolha – e sim por circunstâncias externas não antecipadas pelo legislador, não há mais razões que sustentem a sua aplicação. Cumprir a lei desassociando de sua finalidade é um excesso de justiça indevido. Quem o faz é o homem *akribodikaios* – o justiceiro. Dois são os principais exemplos desse tipo vicioso no ocidente. Um bíblico e o outro da literatura inglesa.

---

<sup>3</sup> Eric Engle Aristotle, Law and Justice: The Tragic Hero. P. 12.

<sup>4</sup> Ret. I, 13, 1374b.

Na Parábola do Credor Incompassivo,<sup>5</sup> Jesus narra a história de um servo que, devendo dez mil talentos, suplicou a seu rei, e este, por *equidade*, lhe perdoou a dívida. Porém, aquele que obteve o perdão, ao encontrar outro servo, lhe cobrou uma dívida muito menor, 100 denários.<sup>6</sup> Como este não pôde pagar, lhe mandou para a prisão. O rei, que havia perdoado a dívida, ao saber do ocorrido, mandou encarcerar o servo que fora *akribodikaios* com os seus devedores e, portanto, não merecia perdão. O significado dessa parábola pode ser estabelecido na analogia existente entre o rei e Deus e dos servos com os homens. Se Deus, a quem os homens devem tudo, perdoa as infinitas falhas humanas, os homens não podem ser rigorosos no julgamento com o próximo, sob pena de, na mesma medida, serem julgados pelo Criador. Remete, então, à ideia de não julgar aos demais (Mateus 7:1-6; Lucas 6:37-42), pois com a mesma medida que alguém mede, lhe medirão, e, portanto, se perdoar, lhe perdoarão. De forma semelhante, a *equidade* aristotélica estabelece que o homem, ao dever sua humanidade aos outros<sup>7</sup>, não pode ser excessivamente rigoroso com os demais, sob pena de também ver abalada a sua relação com a comunidade.

O segundo exemplo é bastante conhecido no meio jurídico desde a análise de Ihering.<sup>8</sup> Na peça de Shakespeare, O Mercador de Veneza, se desenvolve uma tragédia causada pela busca excessiva por justiça. A história é conhecida por todos: o jovem Bassânio, sem recursos e com o objetivo de conquistar a rica herdeira Pórcia, pede dinheiro emprestado a seu amigo Antônio, porém, este era um mercador e os seus recursos se encontravam todos investidos em três navios que estavam em alto-mar. Bassânio, então, recorre ao agiota Shylock, a quem pede três mil ducados emprestados por três meses. Antônio serve de fiador desse contrato. Ocorre que o cristão Antônio e o judeu Shylock eram desafetos manifestos. Antônio não apenas desprezava a prática de usura, mas já havia inclusive cuspidido no rosto do judeu; Shylock, por sua vez, não só tivera sua honra atingida, mas também desvalia os cristãos por sua simplicidade e sua

---

<sup>5</sup> Mt 18:23-35.

<sup>6</sup> Um talento correspondia a seis mil denários.

<sup>7</sup> Como visto supra, e pode ser visto também em Sócrates (de quem Aristóteles herdou o argumento): PLATÃO. Críton, 51c.

<sup>8</sup> IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. P. XV e ss.

prática de emprestarem dinheiro sem juros. Esse contrato entre inimigos previa como multa a entrega de uma libra de carne de Antônio caso não fosse adimplido até a data do seu vencimento.<sup>9</sup>

Em razão de circunstâncias imprevisíveis e improváveis, nenhum dos navios de Antônio regressa e este não pôde cumprir com o pagamento na data aprazada. Apesar de várias autoridades buscarem dissuadi-lo, Shylock não abre mão de seus direitos contratuais, garantidos pelas leis de Veneza. Embora Bassânio ofereça o dobro do montante devido, o judeu permanece resoluta e processa Antônio. Afirma ele que se esse direito lhe for negado, as leis de Veneza não teriam valia alguma. Pórcia, disposta a ajudar, disfarça-se de Baltasar – um doutor em direito de Roma que teria sido recomendado por Belário como um conhecedor da causa e profundo saber jurídico. Baltasar (Pórcia), então, admite a validade do título, porém pede a benevolência do agiota proclamando a superioridade da graça em relação à justiça:

Por tudo isso, judeu, conquanto estejas baseado no direito, considera que só pelos ditames da justiça nenhum de nós a salvação consegue. Para obter graça todos nós rezamos; e é essa mesma oração que nos ensina a usar também da graça. Quanto disse, foi para mitigar o teu direito; mas, se nele insistires, o severo tribunal de Veneza há de sentença dar contra o mercador.<sup>10</sup>

Diante da insistência do demandante em aplicar a lei, Baltasar (Pórcia) afirma, então, que não se pode deixar de aplicar a lei, sob pena de males maiores caírem sobre a cidade, e decide que o judeu pode cortar uma libra da carne perto do coração de Antônio. Entretanto, propõe novamente que seja realizado um acordo pelo triplo da importância reclamada. Logo em seguida à nova negativa, a decisão é proclamada: é devida a importância de uma libra de carne, mas pelo contrato, o demandante não faz *jus* a nenhuma gota de sangue cristão. Ademais, por ser um estrangeiro e atentar contra a vida de um cidadão, Shylock é condenado, pelas leis de Veneza, a entregar metade de seu patrimônio ao réu e a outra metade à Cidade e a converter-se ao cristianismo. Por fim, o judeu ainda deveria pedir

---

<sup>9</sup> Shakespeare, William. O Mercador de Veneza.

<sup>10</sup> Shakespeare, William. O Mercador de Veneza. Ato IV, cena I.



ao doge de Veneza (autoridade judiciária) clemência por sua vida. Contudo, o doge concede clemência mesmo sem o pedido. E, assim, aquele que buscava justiça em excesso e a encontrou, vai embora arruinado.<sup>11</sup> Shakespeare ilustra o homem que por buscar justiça em demasia se tornou um homem “sem família, sem lei e sem lar”.

O homem que busca colocar a lei contra os outros é alguém que pretende agir não em razão do outro e da comunidade, mas justificando-se pelos seus próprios desejos. Assim, o homem que age com excesso de justiça acaba por se tornar injusto. Aristóteles provavelmente solucionaria o contrato firmado entre o mercador e o agiota pela *equidade*:

Ora, se a equidade é o que acabamos de dizer, é fácil ver quais são os atos equitativos e quais o não são, e quais as pessoas que não são equitativas. Os atos que devem ser perdoados são próprios da equidade, e é equitativo não julgar dignos de igual tratamento os erros e os delitos, nem as desgraças. Ora as desgraças são ações inesperadas e feitas sem perversidade, os erros são ações não inesperadas e feitas sem maldade, mas os delitos não são inesperados e fazem-se com maldade; pois o que é provocado pelo desejo faz-se com maldade. É igualmente próprio da equidade perdoar as falhas humanas. Também olhar, não para a lei, mas para o legislador; não para a palavra, mas para a intenção; não para a parte, mas para o todo; não para o que uma pessoa agora é, mas para o que ela sempre foi ou o tem geralmente sido. Também lembrar-nos mais do bem do que do mal que nos foi feito, e dos benefícios recebidos mais do que dos concedidos. Também suportar a injustiça sofrida.<sup>12</sup>

Em seguida à proporção da benevolência na interpretação da lei, Aristóteles expõe o seu procedimento:

Também desejar que a questão se resolva mais pela palavra (*lógo*) do que pela ação (*ergo*). E ainda querer mais o recurso a uma arbitragem do que ao julgamento dos tribunais; pois o árbitro olha para a equidade, mas o juiz apenas para a lei; e por esta razão se inventou o árbitro, para que prevaleça a equidade.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Shakespeare, William. O Mercador de Veneza.

<sup>12</sup> Ret. I, 13, 1374b.

<sup>13</sup> Ret. I, 13, 1374b.

A passagem é de difícil interpretação – afinal, o que significa decidir pela palavra e não pela ação? Qual a diferença entre a decisão do árbitro e a do juiz?

Um esclarecimento quanto à tradução usual pode ajudar no desenvolvimento da interpretação. O termo *lógos* (*lógo*) dessa passagem (linha 19) é traduzido como palavra para manter o jogo de linguagem com *lógos* na linha 12 (“[...] olhar [...] não para a palavra, mas para a intenção [...]”). Porém, essa associação é inconsistente – se não se deve olhar para a palavra, por que se deveria resolver pela palavra? Como apresenta Grimaldi, a expressão *lógos* (*lógo*) da linha 19 pode alternativamente ser traduzida por razão e *ergon* (*ergo*) por “força física, violência”.<sup>14</sup> Essa apresentação parece condizer mais com o contexto: a lei é uma razão para agir, ela se apresenta como uma razão ao agente, quando esta perde a sua finalidade ela deixa de ser racional e se apresenta não mais como uma razão de lei (para usar o termo tomista), mas como uma violência.<sup>15</sup> É racional que todos paguem as suas dívidas, como também se justifica que quem não adimpliu um contrato por maldade, ou por gastar sem motivos mais do que poderia, seja condenado em pagar não apenas o montante devido, mas também a multa contratual, os juros devidos e as perdas e danos sofridas pelo credor. Agora, mesmo que descumprindo o mandamento da lei, quem não paga suas dívidas por um fato superveniente imprevisível (uma desgraça sofrida, por exemplo) não age com maldade. Condená-lo a pagar mais do que o montante do débito principal por isso é desumano e, portanto, irracional – pois apenas os homens agem com base no *lógos*. A ação de Shylock é desmedida, porque não busca a lei pela comunidade, pretende cumprir a lei por motivos egoístas e desumanos, cujos fundamentos não podem ser encontrados na própria lei. Sem poder fundamentar a sua demanda na finalidade (na razão) da lei, a ação do agiota é uma violência.

No seu artigo ‘*Equity and Mercy*’, Martha Nussbaum ajuda a esclarecer esse papel muitas vezes esquecido da equidade. A autora parte da ideia da *equidade* aristotélica como julgamento que atende às particularidades do caso, e de sua relação direta com a *clementia* como inclinação da razão à leniência na determinação da punição.

---

<sup>14</sup> GRIMALDI, William M. A. *Aristotle, Rethoric I – a Commentary*. P. 305.

<sup>15</sup> Conforme os termos de Tomás de AQUINO.

Pretende com isso evidenciar a conexão entre esses conceitos e a percepção do particular – conceitos que podem embasar a habilidade do juiz em julgar com sensibilidade às particularidades envolvidas no caso em relação às pessoas e às situações.<sup>16</sup>

Quando se estabelece que a *equidade* é uma correção, normalmente, não se menciona qual o erro que ela corrige. A inflexibilidade da lei e sua falta de ajuste ao particular não é um ato tomado apenas como impreciso, mas normalmente designado como duro ou rígido, ou mesmo ‘uma cura do mal com o mal’. A *equidade* se contrapõe à antiga concepção de *diké* que representa uma noção mais antiga da justiça; uma retribuição exata do fato original que rompe o equilíbrio. A *equidade* oferece um julgamento mais gentil e suave do que a simples *diké*. Um julgamento concreto, sempre em relação “a esse homem”, “nesse caso”, a *equidade* tem uma base mais ampla do que a justiça, expõe Nussbaum.<sup>17</sup> Na vida humana, apresentam-se muitos obstáculos para cumprir adequadamente os padrões da justiça, principalmente aqueles que querem levar corretamente a vida. A *equidade* corrige as assimetrias entre o sujeito que leva “corretamente a vida”, mas em algum momento, em razão das dificuldades da vida, não “levou a vida certa”. A *equidade* dá aos elevados padrões da justiça humanas condições de serem cumpridos por mortais que não controlam todas as circunstâncias em sua volta. Uma justiça estrita tornaria o mundo mais duro, áspero, no qual a ordem das coisas deve cumprir uma perfeita simetria como a existente entre o verão e o inverno, o homem e a mulher, o dia e a noite. Nesse mundo, “o fato de Édipo ter agido com ignorância é tão irrelevante para a *diké* quanto o fato de o inverno surgir ignorando seus crimes contra o verão”.<sup>18</sup>

Diferentemente da *diké*, a *equidade* se apresenta humanizada, ela leva em consideração os obstáculos da vida e a

---

<sup>16</sup> É semelhante o argumento da autora sobre a capacidade do juiz julgar com uma *sympathetic understanding* com a tese de Cláudio Michelin de que decisões benevolentes são juízos não deliberativos realizados por inclinação. Ver: MICHELON, Claudio. *Being Apart From Reasons: The Role of Reasons in Public and Private Moral Decision-Making*. P. 24 e ss.

<sup>17</sup> De uma forma bem distinta de Brunschwig que, como visto supra, diz que *epieikeia* e justiça concorrem como formas alternativas de aplicar a lei.

<sup>18</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Equity and Mercy*. P. 89-91.

limitação dos homens. A *equidade* admite que muitas vezes os homens, mesmo querendo fazer o bem, erram – por inúmeros motivos, como infortúnio, paixões, ignorância, pobreza, etc. Um mundo no qual, de fato, muitas vezes os homens erram deliberadamente, mas às vezes simplesmente tropeçam no caminho de fazer o que é certo. E aquilo, que quando analisado em separado é muito ruim, analisado naquele caso, diante daquelas circunstâncias, parece melhor.<sup>19</sup>

Segundo Nussbaum, o caso de Édipo demonstra bem a concepção da simples *diké*, como ele havia cometido parricídio e incesto deveria pagar por isso para equilibrar as coisas; apenas quando ele é cegado a balança é reequilibrada. A *diké* aplicada a Édipo sem a *equidade* não leva em consideração o caráter, a vida pregressa, nem as intenções de Édipo, as particularidades do caso não são levadas em conta. Ele parece merecer o mesmo destino de quem voluntariamente cometera esses atos; a sua própria identidade é negligenciada.<sup>20</sup> Porém, diante da *equidade*, como um abrandamento da razão diante do particular, pode-se levar em consideração toda a história do agente e atender “às exigências de Édipo em ser visto pela pessoa que ele é”.<sup>21</sup>

Voltando à obra aristotélica, quem opera essa interpretação equitativa da lei não é o juiz, mas o árbitro, afirma o Estagirita. Para entender o porquê de levar ao árbitro e não ao juiz, devem-se entender quais eram as suas funções em Atenas. Primeiramente, deve-se excluir uma diferença material entre esses. Na democracia ateniense, os cargos tanto do juiz, quanto do árbitro, e até mesmo do legislador, eram preenchidos por sorteio dentre os cidadãos livre e iguais. Também não reside sua diferença no número, pois todos esses cargos eram formados por colegiados – não cabia a decisão ao juiz, mas sim ao coletivo de juízes (*dikasterion*). Ambas magistraturas tinham, entretanto, uma forma de solução de conflitos distinta. Os juízes (*heliastas*) decidiam sem se comunicar entre si, de forma absoluta pela absolvição ou condenação.<sup>22</sup> Cada juiz recebia uma

---

<sup>19</sup> NUSSBAUM, Martha C.. *Equity and Mercy*. P. 91-92.

<sup>20</sup> NUSSBAUM, Martha C.. *Equity and Mercy*. P. 90.

<sup>21</sup> NUSSBAUM, Martha C.. *Equity and Mercy*. P. 91-92.

<sup>22</sup> Semelhantemente ao júri no Processo penal brasileiro.

plaqueta, se decidisse pela procedência do pedido, a deixava em branco, caso contrário, a marcava com uma inscrição. Não poderia haver qualquer composição entre as partes ou uma decisão intermediária. Na arbitragem, por sua vez, os árbitros (públicos ou privados) eram mais informais na condução do processo e admissão das provas, sua decisão se dava de forma flexível e intermediária entre as pretensões das partes. A função de árbitro era de destaque nas magistraturas atenienses; eram experientes julgadores maiores de sessenta anos, que, se falhassem em sua função, poderiam ser punidos inclusive com a pena de perda da cidadania (*atimia*). Dessas decisões dos árbitros caberiam, por sua vez, recursos aos *heliastas*.<sup>23</sup>

Na Constituição dos Atenienses, Aristóteles dá como exemplo de arbitragem a solução entre o conflito entre os ricos e os pobres realizada por Sólon:

Dado que o regime possuía tal disposição e que muitos eram escravos de uma minoria, o povo insurgiu-se contra os notáveis. Com o acirramento do conflito, e como se enfrentassem há já longo tempo, elegeram em comum Sólon como mediador e arconte [...] e na qual ele combate e contesta cada um dos lados em nome do outro, em seguida exortando ambos conjuntamente a cessarem a rivalidade instaurada.<sup>24</sup>

Sólon era descendente de uma linhagem de nobres e identificava-se com os de sua linhagem, mas sua família perdera as suas riquezas e, portanto, identificava-se também com o povo. O exemplo ilustra que o árbitro, assim como Sólon fizera, deve assumir o ponto de vista do legislador, isto é, o ponto de vista daquele que é afetado pela sua decisão – diferentemente do juiz que julga como se o problema fosse alheio:

No gênero deliberativo, o ouvinte julga sobre coisas que o afetam pessoalmente e, portanto, o conselheiro apenas precisa demonstrar a exatidão do que afirma. Mas, nos discursos judiciais isso não

---

<sup>23</sup> SHANSKE, Darien. *Revitalizing Aristotle's Doctrine of Equity*. P. 358. AMARAL, Antônio Campelo e GOMES, Carlos de Carvalho. In Aristóteles, *Política*. Ed. Vega. P. 602. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História...* P. 37-38. Pol. II, 8, 1267b.

<sup>24</sup> C.A. V.

basta, antes há toda a vantagem em cativar o ouvinte; pois os juízes julgam sobre questões alheias e, por conseguinte, buscando o seu interesse e escutando com parcialidade, acabam por satisfazer a vontade dos litigantes mas não julgam como devem.<sup>25</sup>

Segundo Aristóteles, aquele que sofre as consequências da decisão julga buscando a melhor decisão; diferentemente daquele que é distante aos fatos e pode ser tomado por sentimentos egoístas. A aproximação com os problemas da comunidade faz com que as decisões realizadas do ponto de vista interno solucionem de uma forma melhor. Sofrer os resultados das escolhas aproxima aquele que decide do *mesotes*, o afasta do excesso de amizade (com uma das partes) que gera uma injustiça e, por outro lado, do excesso de justiça que rompe a *philia*. Essa aproximação permite que o árbitro (ou o legislador) atuem buscando um meio termo, por isso tanto os legisladores são os do meio (*tōn méson politōn*)<sup>26</sup>, quanto os árbitros: “É árbitro aquele que em toda parte mais goza da nossa confiança; e quem está no meio é o árbitro”.<sup>27</sup> O que isso representa está melhor definido na EN quando Aristóteles fala sobre o juiz como justiça animada:

Por isso também sempre que há uma discussão se recorre ao juiz, e ir ao juiz é ir à justiça, porque a natureza do juiz é como uma justiça animada; se busca ao juiz como termo médio, e em algumas partes se chama aos juízes mediadores na ideia de que se se obtém deles o intermediário se alcançará a justiça. Portanto, a justiça é um termo médio, posto que o é o juiz. O juiz restabelece a igualdade e é como se, de uma linha cortada em partes desiguais, retirara-se da maior o pedaço que excede à metade e o acrescenta-se ao segmento menor. Quando o todo se divide entre dois, que cada um tenha o seu quando receberam partes iguais, e o igual é um termo médio entre o maior e o menor segundo a proporção aritmética. Esta é também a razão de que se chame justo (*dikaion*) porque é uma divisão em duas partes iguais (*dika*), como se dissera justo (*dikaion*) e o juiz *dikastes*.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Ret. I, 2, 1354b. Sublinhou-se.

<sup>26</sup> Pol. IV, 12, 1296a.

<sup>27</sup> Pol. IV, 12, 1297a.

<sup>28</sup> EN V, 1132b.

Gauthier e Jolif esclarecem que, nesse trecho, Aristóteles remete tanto ao juiz quanto ao árbitro (como em Pol IV, 12, 1297a).<sup>29</sup> O juiz como visto acima, não é um mediador, o árbitro o é. A referência de Aristóteles não é aos *heliastas* e sim aos *dikastes* – aqueles que fazem parte do corpo coletivo de juizes, mas que também podem referir-se ao corpo coletivo de árbitros. A escolha de Aristóteles pelo termo impreciso *dikastes* se justifica pelo jogo de linguagem entre *dikaion*, *dika* e *dikastes*. A referência, porém, é explicitamente ao árbitro, que aproxima as partes, fortalecendo não apenas a justiça como os laços de *philia* que a sustentam. O verdadeiro meio termo da justiça não é buscar o bem para apenas um dos lados, como Shylock o fizera, e sim buscar uma justiça humana que mantém a comunidade unida de forma estável, como encontrada nas inúmeras tentativas de persuadir Shylock a receber o pagamento – mesmo que em dobro ou em triplo – sem que seja executada a multa. Como segue a passagem aristotélica supracitada, a decisão do árbitro aproxima as pessoas (mistura as partes de um regime): “É árbitro aquele que em toda parte mais goza da nossa confiança; e quem está no meio é o árbitro. Quanto mais bem misturadas estiverem as partes de um regime, mais duradouro ele será”.<sup>30</sup> A decisão do árbitro pela *equidade* representa uma decisão que conhece a natureza política do homem e não cumpre a lei pela lei, mas pelos homens. Decide pela razão da lei e não pela violência exercida contra uma parte em busca de vingança ou de interesses egoísticos.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2005. Volumes IV, V e VI.

ARISTÓTELES. **The Complete Works by Aristotle. Vol. I e II**. Edited by BARNES, Jonathan. Princeteon: Princeton University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. **Obras**. Madrid: Aguilar, 1982.

\_\_\_\_\_. **Política**. Lisboa: Ed. Vega.

\_\_\_\_\_. **Ética Nicomáquea e Ética Eudemia**. Madrid: Gredos, 1985.

---

<sup>29</sup> Gauthier, R. A. e Jolif, J. Y. L’Ethique a Nicomaque, II-1. P. 367.

<sup>30</sup> Pol. IV, 12, 1297a.

- \_\_\_\_\_. **Les Topiques**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1950.
- \_\_\_\_\_. **Organon**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1946.
- \_\_\_\_\_. **El arte de la retórica**. Buenos Aires: Eudeba, 2005.
- \_\_\_\_\_. **De Anima**. São Paulo: Editora 34, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Constituição dos Atenienses**.
- GAUTHIER, René Antoine et JOLIF, Jean Yves. **L'éthique a Nicomaque – Introduction, traduction et commentaire**, Tomos I e II. Paris: Béatrice-Nauwelaerts, 1959.
- GRIMALDI, William M. A. **Aristotle, Rethoric I – a Commentary**. New York: Fordham University Press, 1980.
- IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Dirieto**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – Lições Introdutória**. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MICHELON, Claudio. **Being Apart From Reasons: The Role of Reasons in Public and Private Moral Decision-Making**. London: Springer, 2006.
- NUSSBAUM, Martha. Equity And Mercy. **Philosophy & Public Affairs**, v. 22, n. 2 p. 83-125, 1993.
- PLATÃO. **Critón**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SHANSKE, **Darien**. Four Theses: Preliminary to an appeal to Equity. **Stanford Law Review**, n.º 57, p. 2053-2085, 2005.
- \_\_\_\_\_. Revitalizing Aristotle's Doctrine of Equity. **Journal of Law, Culture and the Humanities**, n. 4, p. 352-401, 2008.
- SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza**. Porto Alegre: LPM, 2008.



## TECNICAMENTE, A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

*Wagner Feloniuk\**

### INTRODUÇÃO

O estudo de temas do Direito Constitucional e da História do Direito em conjunto podem ajudar a definir alguns momentos importantes do desenvolvimento político de um país. Um deles é saber quando uma Constituição vigeu. Ao fazer esse estudo sobre o Brasil, não se pretende diminuir a importância da Constituição Imperial de 1824, o primeiro texto elaborado no país e com uma importância social profunda. Este estudo busca verificar se antes da norma imperial, outra norma do mesmo período, as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa, não foram a primeira Constituição a ter uma breve vigência no Brasil, de 9 de março de 1821 até a independência. Essa norma portuguesa pode ter entrado em vigência no Brasil caso possua todas as características necessárias para essa afirmação ser feita.

Utilizando-se metodologia dedutiva e autores de Direito Constitucional, o primeiro passo do trabalho será dividir o uso da

---

\* Professor Adjunto do Curso de Relações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2019-atual). Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2016) e, pela mesma instituição, Mestrado Acadêmico (2012), Especialização em Direito do Estado (2011) e Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (2010). Editor-Executivo da Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa CAPES: A formação de ordens normativas no plano internacional (FURG), A metodologia jurídica na Pós-Modernidade (UFRGS) e Direito e Filosofia (UFRGS). Membro da Associação Nacional de História, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Associação Brasileira de Editores Científicos e Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul. Áreas de Pesquisa: Direito Constitucional, História do Direito.

palavra Constituição em três grandes fases – o uso dela como conjunto de elementos, o uso liberal no período moderno e o conceito atual do termo. Verificados esses usos, se adentrará no estudo das Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa verificando-se ela como possível norma da segunda fase da palavra.

O objetivo é analisar as Bases e verificar se ela tem os conteúdos que em seu período seriam necessários para ser chamada de Constituição. A divisão de poderes e a declaração de direitos são os dois principais elementos a serem verificados nesse sentido. Caso a análise normativa permita concluir que o texto tem esses elementos, se poderá passar a análise final – se a norma vigeu no Brasil, e se isso foi uma vigência apenas formal ou se houve efeitos efetivos desse ato.

A análise da vigência é bastante dependente da história e dos acontecimentos políticos que marcaram o Brasil nos anos 1820. Nesses momentos, autores de história e história do Direito são utilizados para estabelecer os quadros essenciais à caracterização visada. Quando possível, será feito o acesso a fontes primárias e a disponibilização das passagens mais importantes para fundamentar os posicionamentos adotados.

## **1 CONSTITUIÇÃO – DIFERENTES SIGNIFICADOS**

A palavra Constituição foi utilizada para denominar fenômenos muito diversos ao longo do desenvolvimento político ocidental. Para fins metodológicos, importa dividir o uso da palavra em três fases quando se analisa um texto normativo do início do período das constituições escritas.

A primeira fase remete ao uso que a palavra constituição (inicial em minúsculo no português) teve desde a época da Grécia Antiga, com Platão (MCILWAIN, 2008, p. 8) e seguiu até a modernidade, no século XVIII. Um autor que utiliza o termo constituição nesse sentido aqui apresentado é Lord Visconde Bolingbroke, em famosa passagem escrita em uma carta no ano de 1733:

By constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs,

derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed<sup>1</sup> (BOLINGBROKE, 1841, p. 88).

Constituição era conjunto de elementos que compunham as comunidades políticas – leis, costumes, tradições, crenças, instituições. Esse conceito englobava elementos políticos, jurídicos e culturais. É o sentido de Montesquieu, no *Espírito das Leis*, quando descreve a separação dos poderes no Livro XI, Capítulo VI, intitulado *Constituição do Governo da Inglaterra*. A palavra é utilizada para a descrever funcionamento do governo inglês como um todo. Não havia a separação de um sentido jurídico específico para a palavra, ela não era uma norma com características específicas. Na fase inicial, o ordenamento jurídico era uma parte da constituição – não é o que ocorre hoje, quando a Constituição é a norma de mais alta hierarquia dentro do ordenamento jurídico.

Houve breves períodos de democracia no mundo antigo, caracterizados pela liberdade de elaboração e aplicação das leis por parte de uma parcela pequena da população, mas sem o desenvolvimento de direitos que limitassem a atuação política e jurídica. Salvo durante essas exceções, a maior parte da humanidade viveu sob o mando forçado de poucos durante a maior parte da história. Durante todo esse período, ao contrário do que ocorreria na modernidade, a expressão constituição não foi utilizada como um dos elementos de protesto pela busca de liberdade pessoal e política. As constituições não eram um elemento tipicamente utilizado para conter atos dos governantes. Especialmente até o final da Idade Média, o constitucionalismo não havia conseguido limitar os príncipes, a irresignação só poderia ocorrer nos momentos de revolução (MCILWAIN, 2008, p. 55). Os maiores expoentes do pensamento político, como Maquiavel e Hobbes, sequer lutaram para limitar o soberano, pelo contrário, lutavam por ter unidade política,

---

<sup>1</sup> Tradução livre: “Por constituição nós queremos dizer, sempre que nós falamos com propriedade e exatidão, aquele conjunto de leis, instituições e costumes, derivadas de certos princípios certos da razão, direcionadas a certos objetos do bem público, que compõe o sistema geral, de acordo com o qual a comunidade aceitou ser governada”.

mesmo que arbitrária, pondo fim a situações políticas que poderiam ser ainda mais graves (VILE, 1998, p. 5).

Essa primeira fase faz uso do termo em um sentido existente até hoje, o de “elementos que constituem”. No entanto, a partir do século XVII se desenvolvem pensamentos políticos que iriam criar um novo sentido para a palavra, mais específico, se referindo a determinadas normas, de hierarquia mais alta e com determinadas características especiais.

A precursora da limitação política dos monarcas foi a Inglaterra. Ali foi dado início ao segundo período do constitucionalismo. A alteração se dá com a Revolução Puritana a partir de 1625 e a transformação de uma monarquia do antigo regime em uma monarquia limitada (LOEWENSTEIN, 1965, p. 132). Carlos I estabeleceu uma política menos liberal que seus antecessores e acabou por gerar uma série de revoltas que culminariam na vitória do exército dos parlamentares em 1649, na sua decapitação e a ditadura de Oliver Cromwell. Nesse período surgem as primeiras normas voltadas a limitar o poder real com as características liberais que influenciariam os textos das futuras constituições do século XVIII, a Agreement of the People de 1649 e a Instruments of Government de 1654.

A uso palavra constituição não se alterou pela inovação das ideias na Inglaterra e por isso as normas de maior hierarquia no país não receberam esse nome tão logo surgem os movimentos liberais ingleses<sup>2</sup>. Apesar do protagonismo pragmático inglês, é ideia dos filósofos e teorias franceses, que daria início ao uso da palavra Constituição na segunda fase, quase um século mais tarde, na sua própria vertente de limitação do poder real.

A constituição (ainda no sentido da primeira fase) seria escrita, concretizada dentro de ideias liberais e de contrato social – assim surgiria a Constituição, a segunda fase do uso da palavra. Um relevante exemplo desse período de transição seria a Constituição da

---

<sup>2</sup> Além desses termos ingleses, outros termos também eram utilizados para denominar as normas supremas no período que antecedeu a segunda fase. McIlwain cita, por exemplo, as normas ordenadas “ad statum publicum regni”, conforme utilizadas por Jean de Terre Rouge em 1418 ou 1419. Jean Bodin, em 1566, também trata de questões de conteúdo materialmente constitucional no sexto capítulo do seu livro *Methodus*, sob o título “De statu Rerumpublicarum” (2008, p. 58-59).

Córsega, escrita por Jean-Jacques Rousseau em 1755, um texto quase literário, com características das constituições modernas, mas comentários típicos dos tratados políticos. O uso da palavra Constituição foi consolidado definitivamente na América três décadas depois. A origem material, especialmente no Estados Unidos, está no constitucionalismo inglês do século anterior, mas isso não retira o protagonismo dos franceses na idealização do novo uso.

Em obra sobre sua viagem à França realizada em 1787 e publicada em 1792, o inglês Arthur Young ainda se surpreende com o novo uso da palavra. Apesar de viver na Inglaterra, local onde os efeitos práticos buscados em uma Constituição liberal já eram sentidos, ele escreve jocosamente que Constituição “*is a new term they have adopted; and which they use as if a constitution was a pudding to be made by a receipt*”<sup>3</sup>, conforme traz McIlwain (2008, p. 6).

A alteração do significado da palavra surgiu pelo avanço político em prol da liberdade. É fundamental compreender o papel das lutas políticas porque ele determinará o segundo significado da palavra, afastando ela da simples ideia de elementos que constituem e trazendo para uma norma que defendesse um pensamento político específico do período moderno – o liberalismo.

A palavra Constituição passava a significar um texto escrito<sup>4</sup> com características específicas e voltadas a limitar o poder estatal. A construção é feita principalmente com a separação de poderes e com a criação de garantias contra a atuação estatal. Agora as constituições passavam a ter um papel específico, a busca pela limitação do poder. As intenções da segunda fase podem ser explicadas nas palavras de um dos maiores expoentes da política ocidental e defensor da primeira Constituição com esse sentido, Alexander Hamilton:

Ambition must be made to counteract ambition. **The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place.** It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what

---

<sup>3</sup> Tradução livre: “é um novo termo que eles adotaram; e o qual eles usam como se a constituição fosse um pudim para ser feito por meio de receita”.

<sup>4</sup> Com o desenvolvimento doutrinário, também se firmou a ideia de que uma Constituição poderia ter o conceito da segunda fase e ainda assim não ser escrita, como ocorre com a Inglaterra.

is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government, which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: You must first enable the government to control the governed; and in the next place, oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of **auxiliary precautions**.<sup>5</sup> (HAMILTON; MADISON; JAY, 1802, p. 27-28, grifo nosso).

A precaução auxiliar a que se refere Hamilton é uma Constituição escrita que limite poderes e declare direitos. A separação de poderes, para Vile, está ao lado da representação como um dos maiores pilares da política ocidental, são os dois apoios necessários para que possam haver sistemas de governo chamados de constitucionais (VILE, 1998, p. 2). Somando-se aos pilares, as declarações de direitos seriam a proteção vertical contra a atuação do governo e outro impulso de grande importância para que nos últimos três séculos tenham havido tantas alterações que aumentaram a liberdade e a igualdade nas sociedades políticas ocidentais.

Karl Loewenstein resume, em texto que não merece interpretação, as características das constituições da fase liberal – do significado da palavra Constituição na segunda fase. O constitucionalismo de segunda fase, iniciado no século XVII havia

---

<sup>5</sup> Tradução de Viriato Soromento-Marques e João C. S. Duarte: “Deve fazer-se com que a ambição contrabalance a ambição. O interesse do homem deve estar ligado a direitos constitucionais do cargo. Pode resultar de uma reflexão sobre a natureza humana, que tais dispositivos sejam necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o governo em si próprio senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem anjos a governar os homens, não seriam necessários controlos externos nem internos sobre o governo. Ao construir um governo em que a administração será feita por homens sobre outros homens, a maior dificuldade reside nisto: primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente, obrigar o governo a controlar-se a si próprio. A dependência do povo é, sem dúvida, o controlo primário sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2011, p. 469).

dado início ao movimento; as ideias francesas e o desenvolvimento político das colônias norte-americanas concretizaram o uso da palavra Constituição nos seguintes termos:

These functional principles did not spring to life like Minerva from Jupiter's head; they evolved slowly, by trial and error. But, after the vast experimentation of the English, American, and French revolutions, constitutional experience reached the stage where there could be agreement on certain minimum requirements of any formalized constitutional order.

The following elements are considered the irreducible minimum: (1) There should be a differentiation of the various state functions and their assignment to **different state organs or power holders, to avoid concentration of power** in the hands of a single autocratic power holder. (2) There should be a planned mechanism for the co-operation of the several power holders. These arrangements – the "**checks and balances**" familiar to American and French constitutional theory – imply the sharing and, being shared, the limitations of the exercise of political power. (3) There should be a mechanism, likewise planned in advance, for avoiding deadlocks between the several autonomous power holders to **prevent one among them, when the constitutionally required co-operation of the others is not forthcoming, from solving the impasse on his own terms** and, thereby, subjecting the power process to autocratic direction. When, under the impact of the democratic ideology of popular sovereignty, constitutionalism had reached the point where the role of the ultimate arbiter of conflicts between the instituted power holders was assigned to the sovereign electorate, the original concept of liberal constitutionalism had been perfected as democratic constitutionalism. (4) There should be a method, also planned in advance, for peaceably adjusting the fundamental order to changing sociopolitical conditions - **the rational method of constitutional amendment** - in order to avoid the resort to illegality, violence, and revolution. (5) Finally, and this occurred at an early date in the evolution of constitutionalism and indicates its **specific liberal telos**, the fundamental law should also contain the explicit recognition of certain areas of individual self-determination - the individual rights and fundamental liberties – and their protection against encroachment by any and all power holders. Next to the principle of shared and, therefore, limited power these areas inaccessible to political power, have become the

core of the substantive constitution<sup>6</sup> (LOEWENSTEIN, 1965, p. 127, grifo nosso).

**Durante a segunda fase, não há uma distinção clara entre o papel político e o papel jurídico de uma Constituição, mas surge a ligação da palavra com uma norma de hierarquia superior às demais.** As maiores preocupações durante esse período de transição do exercício da soberania eram políticas e é isso o que permite que Loewenstein escreva que há um *telos* liberal nas constituições – essa é a parte mais política delas, desnecessária para organizar o Estado formalmente, mas essencial para o desenvolvimento do período.

---

<sup>6</sup> Tradução livre: “Esses princípios funcionais não nasceram para a vida como Minerva da cabeça de Júpiter; eles evoluíram lentamente, por tentativa e erro. Mas, após a vasta experimentação das revoluções inglesa, americana e francesa, a experiência constitucional chegou a um estágio onde era possível ter um acordo sobre alguns requerimentos mínimos de qualquer ordem constitucional.

Os seguintes elementos são considerados o mínimo irredutível: (1) Deve haver uma diferenciação das diversas funções estatais e sua atribuição a diversos órgãos estatais ou detentores de poder para evitar a concentração de poderes nas mãos de um único detentor de poder autocrático. (2) Deve haver um mecanismo planejado para a cooperação dos diversos detentores de poder. Esses arranjos, os “freios e contrapesos” familiares à teoria constitucional americana e francesa – implicam na partilha, e sendo compartilhados, na limitação do exercício do poder político. (3) Deve haver um mecanismo, também planejado com anterioridade, para evitar impasses entre os diversos detentores autônomos de poder evitando que um entre eles, quando não realizar a cooperação constitucionalmente requerida, possa resolver o impasse nos seus próprios termos e, assim, sujeitar o processo dos poderes a uma direção autocrática. Quando, sob o impacto da ideologia democrática da soberania popular, o constitucionalismo tivesse chegado ao ponto no qual o papel de último árbitro dos conflitos entre os detentores de poder institucionalizados pudesse ser assinalado ao eleitorado soberano, o conceito original de constitucionalismo liberal iria ser perfectibilizado enquanto constitucionalismo democrático. (4) Deveria haver um método, também planejado com anterioridade, para ajustar pacificamente a ordem fundamental às condições sociais variáveis – o método racional da emenda constitucional – para evitar o recurso à ilegalidade, violência e revolução. (5) Finalmente, e isso ocupou o momento precoce na evolução do constitucionalismo e indica o seu *telos* liberal específico, a lei fundamental deve também conter o explícito reconhecimento de certas áreas de auto determinação individual – os direitos individuais e liberdades fundamentais – e sua proteção contra a invasão por qualquer e todos os detentores de poder. Ao lado do princípio do poder compartilhado, e portanto limitado, essas áreas inacessíveis ao poder político se tornaram o núcleo da constituição substantiva”.



É na segunda fase da palavra Constituição que foram escritas as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa. Foi com o modelo liberal que os franceses e espanhóis criaram suas normas constitucionais e inspiraram os deputados portugueses que elaboraram seu texto pouco tempo depois. O nome Constituição estava carregado desse sentido valorativo liberal. O uso do termo Constituição foi intencional, expresso, planejado pelos legisladores. O juramento dos deputados das Cortes Portuguesas fora o de criar um texto ainda mais liberal que o espanhol, como fica demonstrado nos diários da seção legislativa número 21, com ata de 23 de fevereiro de 1821 (PORTUGAL, 1821).

A segunda fase é o momento no qual a aura de luta política da palavra Constituição atinge seu auge. Com o tempo, a criação de normas supremas com o nome Constituição se espalha e se torna hegemônica no mundo, inclusive no Oriental. Essa expansão, no entanto, também fez com que um uso político tão específico fosse dando lugar a uma palavra com sentido desligado de ideias específicas.

A terceira fase, a atual, é trazida por uma conjunção de fatores. Nela a palavra Constituição perde a maior parte de sua ligação com o liberalismo e se torna um conceito utilizado pela doutrina do Direito em sentido mais técnico e mais inclusivo – utilizando-o mesmo quando sequer há um regime democrático. Os motivos responsáveis pela transição à nova fase também são os que explicam o conceito atual da palavra.

O primeiro motivo para a entrada na terceira fase é o uso da palavra Constituição para fins diversos daquele planejado pelos liberais. Antes da primeira Constituição da França, ainda em março de 1791, entraria em vigor a Constituição da Polônia, utilizando o nome dos novos tempos – *Konstytucja* –, mas estabelecendo um sistema típico do antigo regime (POLÔNIA, 1791). Essa é uma realidade que se iniciou no século XVIII e continua ocorrendo rotineiramente até os dias atuais – os mais diversos Estados passaram a ter constituições. Mesmo os totalitarismos do século XX prestam seu tributo a essa realidade, nenhum deles deixou de ter uma. Como aponta BOBBIO, o conteúdo liberal das constituições foi contestado inclusive quando o termo foi utilizado na criação de sistemas essencialmente diferentes do liberal – como no caso dos Estados soviéticos (1998, p. 258).

A superação do uso da palavra Constituição em seu sentido fortemente liberal se deu então, em parte, pela conjuntura política – cada vez mais a palavra foi utilizada para outras finalidades em países com outras realidades políticas.

Na visão de importantes autores contemporâneos, o atual sentido da palavra Constituição também é o resultado do avanço da Ciência Política e do Direito no sentido de depurar o conceito (BOBBIO, 1998, p. 247). Concordando, Louis Favoreu *et al* (2012, p. 58) atribuem a definição moderna de Constituição a Hans Kelsen, a membros da Escola da Viena e, mais recentemente, a autores como Hart e aos trabalhos das escolas realistas norte-americana e escandinava. Favoreau entende que atualmente existe a busca por uma epistemologia rigorosa na construção dos conceitos, influenciadas pela intensificação formalismo lógico e empirismo crítico. Construíram-se conceitos neutros de valor ou que mostrem a necessidade de valores sem os definir – a finalidade liberal foi retirada do conceito, ainda que suas contribuições permaneçam na maior parte das normas atuais. Constituição passou a ser, na maior parte dos países, a norma de hierarquia suprema, defendida tribunais especiais, alterada com dificuldade extraordinária e que trata de certos assuntos essenciais à vida política e à relação entre as pessoas e o Estado.

Utilizando a autorizada doutrina de Konrad Hesse<sup>7</sup>, considera-se a palavra como atualmente tendo o seguinte significado:

Constituição é a ordem jurídica fundamental da Comunidade. Ela fixa os princípios diretos com relação aos quais deve-se produzir a unidade política e assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no seio da Comunidade. Regula a organização e o procedimento de produção da unidade política e de atuação estatal. Cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Nisso tudo, a Constituição é o “plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à conformação jurídica de uma Comunidade” (HESSE, 2009. 86).

---

<sup>7</sup> Esta é uma forma conceituar de Constituição atualmente, ela é relevante, mas sequer se propõe ele como um conceito majoritário – o atual desenvolvimento é abundante e suas nuances não são objeto deste trabalho.

As diferenças para a segunda fase são notáveis em dois aspectos. O menos relevante é a preocupação com a separação de poderes – agora que a soberania emana do povo nos países democráticos em um ambiente de maior estabilidade e houve notáveis avanços institucionais, o tema continua sendo fundamental, mas é menos abordado. O mais relevante é a declaração de direitos fundamentais de natureza liberal, que agora não faz parte da definição. Esse é outro fator na alteração de sentido do termo.

Nos Estados democráticos, o surgimento de um Estado interventor é ainda outro motivo que auxiliou no movimento de generalização do termo Constituição. Desde os partidos de trabalhadores do século XIX na Europa, as constituições de muitos países avançaram em ritmos diferentes na direção de maior atuação estatal na busca por bem-estar social. Parte dessas atuações estatais são incompatíveis com ideias liberais clássicas – como exemplos extremos, cita-se as duas constituições socialistas do México em 1917 e da Alemanha de 1919. Nos Estados Unidos, por outro lado, a manutenção do texto original até os dias atuais fez com que ele seja um dos textos mais liberais em vigência. Esse avanço pouco concatenado de conteúdo somado à manutenção do nome Constituição em qualquer dos casos também contribuiu para que o termo cada vez menos pudesse ter seu sentido unívoco inicial.

Os direitos liberais de igualdade formal e limitação do Estado se integraram à tradição dos países ocidentais, e atualmente também há expectativa de direitos oriundos da intervenção do Estado. Os objetos de proteção se ampliaram. Os direitos fundamentais ainda servem para a proteção ao indivíduo, mas agora também objetivam resguardar ambiente, os grupos e as futuras gerações. Assim se manifesta um doutrinador das demandas atuais sobre o Estado:

O constitucionalismo, então, reforça todos os pontos de vista sobre a importância da legalidade. Porém, não se resume a esse aspecto. Por sua condição mesma de se apresentar como um texto jurídico, mas, também, sobretudo, como uma carta política, complementa e apresenta um além em relação a segurança jurídica, e que diz respeito, justamente, a realização dinâmica da justiça individual, social e cultural (OLIVEIRA JUNIOR, 2008, p. 3670).

Em suma, na terceira fase de desenvolvimento da palavra, houve a retirada do conteúdo liberal do núcleo do conceito. Considerar as Bases como constituição dentro dessa fase seria simples, bastando verificar se seu conteúdo contém os elementos típicos das constituições atuais. Entretanto, nesse caso, textos de todos os períodos da história também seriam constituições – mesmo aqueles criados séculos antes de um legislador poder compreender a palavra com o significado de uma norma de hierarquia suprema.

## **2 REGIMENTO DE DOM JOÃO III A TOMÉ DE SOUZA E OUTRAS NORMAS ANTERIORES**

A divisão e apresentação de três fases do uso da palavra Constituição é necessária para justificar que textos anteriores às Bases não sejam aceitos como a primeira norma fundamental do Brasil. O candidato mais comum a esse título no Brasil é o Regimento de Dom João III, entregue ao governador Tomé de Souza e escrito em 17 de dezembro de 1548, na cidade de Almeirim, Portugal. A norma foi trazida ao Brasil no ano seguinte. Pedro Calmon é um dos autores de maior relevo a publicarem posicionando-se dessa forma, com seu trabalho intitulado “A primeira constituição do Brasil: regimento de dom João III a Tomé de Souza” (CALMON; PEIXOTO; MELLO, 1943).

Defende-se que sejam chamados de Constituição os textos que surgiram a partir da segunda fase do uso da palavra, quando ela foi associada a uma norma escrita que tinha valores os liberais do século XVII e XVIII. Não há consenso definitivo sobre qual seria essa primeira Constituição. A maior parte dos autores cita a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, mas no momento em que se iniciou a Guerra da Independência daquele país, doze constituições foram elaboradas entre 1776 e 1786 – e, como venceram a revolução e aqueles eram Estados soberanos confederados até a entrega de suas independências e criação da federação de 1787, essas poderiam ser consideradas as primeiras constituições. A primeira é 5 de janeiro de 1776 do Estado de New Hampshire. Alternativamente, por já terem o caráter liberal, poderiam ser considerados até os textos ingleses do século XVII.

A palavra Constituição deve ser utilizada para textos liberais

durante a segunda fase e, depois da generalização imposta no terceiro período, em qualquer norma que contenha os elementos materiais aceitos na doutrina. O principal motivo para o posicionamento ocorre porque antes da era liberal, a palavra não era associada a uma norma específica. Antes da segunda fase, constituição eram os elementos que constituíam algo – como uma comunidade política. Doutrinariamente, essa parece ser a posição mais aceita, tanto que a amplíssima maioria dos textos jurídicos indica como primeira Constituição escrita, um texto liberal, a dos Estados Unidos da América.

Textos anteriores ao século XVIII têm todos os elementos de uma Constituição no sentido atual do termo, mas nunca houve a intenção de chamar esses textos de Constituição quando foram feitos. Karl Loewenstein se posiciona da mesma forma, escrevendo que a primeira Constituição é a dos Estados Unidos da América, mas colocando como nota de rodapé que, talvez, a primeira Constituição escrita seja o texto do príncipe japonês Bokotu, do ano de 604 (LOEWENSTEIN, 1965, p. 420). O autor não diferencia as fases e cria na nota de rodapé citando uma norma criada antes da palavra ter o novo conceito a ela atribuído, mas nota os diferentes sentidos e se posiciona com o restante da doutrina de Direito Constitucional no seu uso a parte da fase liberal.

As Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa foram um texto do segundo período de utilização da palavra Constituição, se qualificando nessa análise preliminar. A seguir, é preciso verificar em sua história e conteúdo se ela pode ser chamada de Constituição.

### **3 CONJUNTURA HISTÓRICA DA CRIAÇÃO DAS BASES**

O Conselho de Estado de Portugal se reunira, em 19 de agosto de 1807, para definir os planos a serem acionados caso o Estado português fosse invadido por Napoleão (GOMES, 2011, p. 49). A campanha militar francesa se desenvolvia na Europa sem que ninguém conseguisse fazer frente ao poderio do imperador em terra. O imperador Napoleão não havia conseguido a hegemonia marítima na Europa, e por isso estava disposto a invadir Portugal por desprezar o bloqueio à Inglaterra. O pequeno reino português facilitava o comércio entre a ilha e o continente, afrontando os planos franceses. Em 1º de novembro de 1807, foi dado o ultimato: a Casa

de Bragança deixaria de reinar na Europa em dois meses se as exigências francesas não fossem atendidas. A decisão foi por continuar apoiando a aliada histórica, a Inglaterra, que assim conseguiu manter seu acesso ao continente e ainda, como parte do acordo para a transmigração da família real, abrir os portos brasileiros para o comércio direto, pagando inclusive menos tributos que os próprios portugueses (16% e 15%, respectivamente).

Para o Brasil, a vinda da família real trouxe muitos avanços importantes. Segundo as fontes da época, o país de três milhões de habitantes (sendo um milhão, escravos) (VANHAGEN, 1856, p. 298) recebeu uma série de melhorias junto com os quinze mil portugueses, grande parte da elite burocrática e financeira de Portugal. Foram criados, naquele curto espaço de tempo, uma academia da marinha, uma de artilharia e fortificação, uma tipografia, um fábrica de pólvora, a biblioteca nacional, a academia de belas artes, o Banco do Brasil e várias outras instituições. Além das obras, o Brasil acabava de virar a sede do reino e receber todo o aparato burocrático decorrente. No judiciário, por exemplo, houve avanços como a criação de um tribunal supremo no Rio de Janeiro, as relações do Maranhão e de Pernambuco, bem como a criação de diversas comarcas, vilas com juízes de fora (VANHAGEN, 1845, p. 319).

Em Portugal, o efeito foi o contrário, Raymundo Faoro narra um cenário de enorme desordem econômica e social. Em 1807, setecentos e setenta e sete navios portugueses haviam entrado nos portos brasileiros, esse era o cenário imediatamente anterior à abertura dos Portos; em 1820, foram cinquenta e sete (FAORO, 2001, p. 295-297). No período de treze anos de afastamento da família real, o Brasil deixou de ser um monopólio comercial dos portugueses para ter menos de 10% do comércio relacionado a eles (PRADO JÚNIOR, 2010, p. 48). Narrando os acontecimentos que via se desenvolver, Visconde de Cairu traz ainda outras causas de importante insatisfação para lusitanos: os efeitos sociais da guerra contra Napoleão, instituições ineficientes e corruptas, a influência inglesa em Portugal (inclusive ocupando a regência), a residência da família real no Brasil e o final dos privilégios econômicos e políticos sobre o Brasil (CAIRU, 1827, p. 12).

A permanência da família real, no entanto, é o elemento com mais destaque nos acontecimentos. Em 18 de junho de 1815, foi

travada a Batalha de Waterloo, e a derrota determinou o rápido declínio da campanha militar de Napoleão. Apesar do fim da guerra que se seguiu, Dom João VI não voltara a Portugal e não dava sinais de que iria fazê-lo. Sob a influência liberal francesa, inglesa e espanhola, a elite que ocupou o vazio político começou a cada vez mais se aproximar do liberalismo. Em 1817, veio a primeira conjuração, contida com sucesso, mas nela já era visível a defesa das ideias de limitação e responsabilização do poder, reconhecimento de Direitos Humanos a todos e as outras grandes características do ideário (BONAVIDES, p. 209). Os portugueses queriam a volta da monarquia, mas reformulada sob as ideias liberais, limitadas por uma Constituição escrita.

A Revolução do Porto, de 24 de agosto de 1820, determinante para a volta de Dom João VI, emana das mesmas ideias e decorre dos fatores de insatisfação. A grande influência era a Espanha, país no qual o monarca fora fortemente limitado e a sociedade havia criado uma Constituição a partir da luta de grupos de cidadãos contra os invasores franceses. Apesar de não citar com frequência o ocorrido, Ruy Barbosa escreveria que “foi com o chuçó e a faca que os homens rústicos de Portugal e Espanha receberam e combateram na suas hostes tumultuárias os exércitos de Napoleão, ali vencido” (BARBOSA, 1977, p. 518). O político estava se referindo especialmente à Batalha de Bailén, quando a população espanhola, através das Juntas de Governo de Sevilha e de Granada, conseguiu infligir a primeira batalha em terra a Napoleão (GUZMAN, 1975, p. 28). A história da Espanha servia de inspiração e havia gerado uma Constituição que ia ao encontro dos interesses dos revolucionários.

Tamanha era a admiração e o interesse no apoio militar, que até mesmo uma nova união ibérica foi tentada pelos portugueses durante a revolução de 1820 (BERBEL, 2008, p. 229). A inspiração original para as constituições liberais escritas, a França, pouco servia de influência direta, devido à guerra recente e à grande violência ocorrida durante a Revolução Francesa de 1789 (BREWER-CARÍAS, 2009, p. 29-30). A famosa expressão de Rousseau, a lei como expressão da vontade geral, nunca viria a ser utilizada nos textos constitucionais portugueses, um exemplo significativo do movimento da elite portuguesa de não aceitar as doutrinas mais

incisivas da França (CUNHA, 2006, p. 228).

A Revolução do Porto objetivava expandir seu movimento para toda Portugal e depois estabelecer um governo pacífico, mas também era desejo deles formar Cortes Extraordinárias para elaborar uma nova Constituição. Em 2 de setembro de 1820, os representantes da Junta do Porto, o governo provisório, elaboram uma carta conclamando o apoio da regência do reino em Lisboa que havia, até aquele momento, se oposto ao movimento (BERBEL, 2008, p. 228). Apenas dois dias depois, vem a adesão e unificação do movimento – Lisboa estava exigindo também a volta do monarca sob os ares liberais. Haveria a reunião das cortes para a criação da Constituição, uma assembleia que não era convocada a mais de um século (GOMES, 2010, p. 87). Os grupos das duas cidades estariam juntos no processo de criação da nova Constituição.

Os grupos das duas cidades não eram iguais, o grupo de Lisboa tinha mais militares e nobres, que não cogitariam o fim da monarquia e amenizavam as limitações liberais ao monarca. O grupo do Porto tinha mais comerciantes e ideias mais radicais quanto ao liberalismo, especialmente se o rei decidisse não voltar à Portugal. Ambos, no entanto, demandavam a volta do rei e a limitação de seu poder (BONAVIDES, p. 209). As normas eleitorais da Constituição de Cádiz, a fonte de inspiração espanhola, foram utilizadas para realizar as eleições em Portugal ao longo de dezembro de 1820 – a primeira reunião foi em 26 de janeiro de 1821, sem nenhum brasileiro presente.

**O grupo de cem deputados lusitanos criaria as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa menos de um mês após o início das reuniões.** Ela terminou de ser elaborada ao longo do mês de fevereiro, tendo sido jurada pelas principais autoridades militares e religiosas em 29 de fevereiro, aprovada pelos deputados em 2 de março, decretada pela Chancelaria-Mor da Corte e Reino no dia 9 e enviada para todas as autoridades competentes no dia 10, conforme a informação dada na versão original da norma (PORTUGAL, 1821).

Não se sabia, até aquele momento, o posicionamento que Dom João VI iria tomar. As cortes estavam atuando sob grande incerteza e pressão. Tamanhos eram os temores que Paulo Ferreira da Cunha utiliza a expressão “mito do inimigo” para descrever o receio que havia na sociedade portuguesa. O país havia se revoltado



e, ainda que exigisse a volta de seu monarca, havia o medo de que os membros da Santa Aliança, criada para restaurar as monarquias europeias, invadissem o país. Portugal poderia fazer pouco para conter os exércitos de Rússia, Inglaterra ou Áustria. Nunca houve indicações de que tal ataque fosse iminente, mas até sentimentos xenofóbicos surgiram no período, algo que Portugal desconhecia até então. A tensão com relação a inimigos internacionais ocorria por boatos de um movimento internacional de contrarrevolução, trauma pelas recentes invasões francesas e temores duradouros das cenas da revolução francesa (CUNHA, 2006, p. 163-164).

Havia o risco de o Rei abandonar Portugal. A Revolução Francesa era relativamente recente, também começara por uma revolta liberal, mas terminara por cortar a cabeça de Luís XVI e causar a morte de parte da nobreza. As circunstâncias eram muito diferentes em Portugal e a morte do monarca francês não fora desprovida de conjunturas muito específicas, mas a situação não ensejava segurança de que o monarca desejaria voltar, nem sob o risco de perder o trono. Na América, ainda não havia nenhum foco conhecido de revolução ligada ao movimento em dezembro de 1820<sup>8</sup> e a população também aceitava bem o monarca (CAIRU, 1827, p. 37). Por seu lado, os poderosos aliados ingleses incentivavam a permanência, pois os lucros com o comércio brasileiro eram grandes e um cenário de tão grande incerteza política não era promissor (BERBEL, 2006, p. 186).

Para os revoltosos, o risco de abandono de Portugal era

---

<sup>8</sup> Em um desenvolvimento alheio às grandes revoluções liberais da França, Inglaterra, Brasil ou Portugal, sob aparente desconhecimento dos atores do período, um jovem estudante de Direito brasileiro chamado Filipe Alberto Patroni Martins Parente, que fazia doutorado em Coimbra, soube do início da Revolução do Porto e decidiu trazer ela ao Brasil. Em 10 de dezembro, ele chegou ao Brasil e em três semanas conseguiu criar um movimento que prevaleceu sobre as parcas forças militares de Grão-Pará e se instalou na capital, com seus 12.471 habitantes (5.179 desses, escravos) (GOMES, 2010, p. 85). Os portugueses receberam a representação do Grão-Pará e aceitaram rapidamente transformá-lo em província, iniciando a adesão brasileira. Outros locais ainda tentariam aderir ao movimento, alguns com sucesso. Mesmo no Rio de Janeiro, ao longo de 1821, começou a ser sentida a pressão para que houvesse uma resposta “liberal” por parte do monarca. É provável que esses acontecimentos tenham tido algum peso sobre a decisão de Dom João VI de voltar ao Brasil, já no início de 1821 (LEAL, 2002, p. 8).

muito grande. O monarca era um símbolo fundamental para a população e até para os revoltosos. Os deputados estavam em grupos divergentes e não tinham amplo apoio, a legitimação do movimento seria muito maior se houvesse o retorno do rei. Os deputados foram chamados por alguns de “pais da Pátria”, mas também o foram de “demagogos, conspiradores, traidores e membros de ordens secretas”. O apoio do monarca era importante para a viabilidade do movimento (CUNHA, 2006, p. 168-176).

Desfazendo os temores, o rei voltaria à Portugal. Em 21 de fevereiro, Dom João VI publica um manifesto afirmando que iria enviar o príncipe Dom Pedro a Portugal. O príncipe teria plenos poderes para tratar com as cortes e planejar a nova Constituição – solução que Aurelino Leal narra não ter sido recebida com satisfação por Dom Pedro (2002, p. 10-12). Dom João VI iria adotar as partes da Constituição que fossem adaptáveis e aplicáveis ao Brasil, pois um texto que fosse adequado a Portugal poder não “ser igualmente adaptável e conveniente em todos os seus artigos e partes especiais à povoação, localidade e mais circunstâncias tão penosas como atendíveis deste reino do Brasil” (LEAL, 2002, p. 9-10). Neste momento, o monarca não aceita jurar à nova Constituição que estava sendo feita. Apenas as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa estavam sendo aprovadas e isso não poderia servir de apoio à decisão do monarca (ARMITAGE, 2011, p. 17).

Apesar da relutância inicial, os portugueses tinham forças leais à revolução no Brasil e sua resposta à relutante aceitação do monarca foi forte. Na madrugada de 24 de fevereiro de 1821, a tropa Divisão Auxiliadora Portuguesa marchou para o largo do Rossio e fez três exigências ao monarca: o juramento imediato à futura Constituição a ser elaborada pelas cortes em Portugal; a demissão de alguns membros do governo; e, em dado trazido por José Murilo de Carvalho<sup>9</sup> a adoção temporária da Constituição de Cádiz no Brasil (CARVALHO; BASTOS; BASILLE, 2012, p. 17).

Dom João VI mandou que seus dois filhos, Dom João e Dom Miguel comparecessem ao local. Os dois príncipes voltaram com

---

<sup>9</sup> É feita a referência expressa à fonte porque a pesquisa não encontrou outros autores, modernos ou contemporâneos aos fatos, que tenham apresentado essa exigência.

termos que foram, aceitos pelo rei (LEAL, 2002, p. 11-12), com exceção da adoção da Constituição de Cádiz (CARVALHO; BASTOS; BASILLE, 2012, p. 17). Foi lido pelos dois o decreto no qual o rei jurava fidelidade irrestrita à nova Constituição. Mais tarde, o próprio Dom João VI foi levado ao local e ratificou seu próprio juramento. Traz o texto, no original:

Decreto de 24 de Fevereiro de 1821

Approva a Constituição, que se está fazendo em Portugal, recebendo-a ao Reino do Brazil e mais dominios.

Havendo Eu dado todas as providencias para lidar a Constituição que está fazendo em Lisboa com o que é conveniente ao Brazil, e tendo chegado ao Meu conhecimento que o maior bem que posso fazer aos Meus Povos é desde já approvar essa mesma Constituição, e sendo todos os Meu cuidados, como é bem constante, procurar-lhes todo o descanso, e felicidade: Hei por bem desde já approvar a Constituição, que alli se está fazendo e recebel-a no Meu Reino do Brazil, e nos mais dominios da Minha Corôa. Os Meus Ministros e Secretarios de Estado a quem este vai dirigindo o façam assim constar expedindo aos Tribunaes, e Capitães Generaes as ordens competentes. Palacio do Rio de Janeiro em 24 de Fevereiro de 1821.

Com a rubrica de Sua Magestade (BONAVIDES; AMARAL, 2012, p. 76).

Depois do rei, os demais membros da família real, servidores públicos e outros indivíduos célebres ainda fariam o mesmo juramento (ARMITAGE, 1837, p. 18).

Em poucos dias, as cortes portuguesas enviaram uma correspondência demandando o retorno da família real à Portugal. O apoio militar novamente serviu de incentivo à aquiescência de Dom João VI. Em 7 de março de 1821, o rei declara a intenção de voltar em um decreto. Dom Pedro, o primogênito, se tornaria regente e passaria a reinar no Brasil com os mesmos poderes que o pai. No mesmo documento, é determinado que fossem realizadas as primeiras eleições gerais da história do Brasil, utilizando as normas da Constituição espanhola, como fora feito em Portugal (com uma adaptação em razão de diferenças populacionais). Como traz o primeiro parágrafo do decreto, Dom João VI iria às Cortes Gerais dar

ao Reino Unido de Portugal, Brasil e Alvares “uma Constituição política conforme os princípios liberais que, pelo incremento das luzes, se acham geralmente recebidos por todas as nações” (BONAVIDES; AMARAL, 2012, p. 491-492).

Dom João VI embarcaria para Portugal em 26 de abril, depois de diversos acontecimentos relevantes para a história brasileira ocorridos nesse curto espaço de tempo. A Constituição de Cádiz fora proclamada em 21 de abril, enquanto eram realizados procedimentos das eleições gerais (MELLO MORAES, 1871, p. 47). Após uma repressão violenta e sua retirada de vigência no dia seguinte, diminuíram ainda mais as chances de continuidade no Brasil (GOMES, 2011, p. 283). Sobre a autoria desse desenvolvimento violento, que diminuiu as possibilidades de uma comoção social que levasse à permanência de Dom João VI, há suspeita do envolvimento do príncipe Dom Pedro, conforme afirmam autores modernos e espectadores dos fatos, como Gomes (2001, p. 283), Mello Moraes (1871, p. 46), Lustosa (2006, p. 211), Afonso Arinos (FRANCO, 1994, p. 22) e Armitage (1837, p. 22).

#### **4 O LIBERALISMO DAS BASES**

Atualmente, o nome Constituição não depende da efetiva defesa de Direitos Humanos e uma separação de poderes que tente, na prática, limitar o Estado. A palavra é utilizada para designar a lei de maior hierarquia dos ordenamentos, mesmo em regimes autoritários ou totalitários.

Na época em que foram promulgadas as Bases, a palavra Constituição ainda estava envolta no movimento liberal – como os deputados e até Dom João VI escrevem em manifestações públicas.

Saber se as Bases foram efetivamente uma Constituição exige um exame de seu conteúdo. Ser Constituição, naquele momento de explosão de importância do movimento constitucionalista em função do liberalismo, era ter características específicas. O exemplo mais contundente dessa afirmação é o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que normatiza que: *“Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point*

*de Constitution*”<sup>10</sup> (FRANÇA, 1789). É preciso verificar se há separação de poderes e declaração de direitos e após, identificar outros elementos indicadores do pensamento liberal nas disposições das Bases. A análise exige rigor para que a caracterização não deixe dúvidas.

#### 4.1 Direitos e Garantias do Cidadão

As Bases têm apenas trinta e sete artigos, a maior parte deles com normas do tipo princípio, sem determinação imediata de seu conteúdo. Foram criadas duas seções, a primeira delas, demonstrando a ligação imediata com o liberalismo, se chamaria “Dos Direitos Individuais do Cidadão”, a segunda, onde se encontrará a divisão dos poderes, se chamaria “Da Nação Portuguesa, sua Religião, Governo e Dinastia”. Era com base nesses princípios que a nova Constituição de Portugal deveria ser criada com vistas a “estabelecer e organizar os Limites dos Poderes Políticos do Estado” – termos do preâmbulo da norma (PORTUGAL, 1821).

A primeira seção tem quinze artigos, grande parte deles diretamente influenciado pelos textos liberais franceses (FERRANDO BADÍA, 1991, p. 228). Até mesmo a organização imita as constituições francesas, colocando a declaração de direitos fundamentais antes das normas de organização do Estado.

Os primeiros sete artigos tratam da liberdade, segurança e propriedade<sup>11</sup>, princípios que o Estado deveria manter e pertenceriam a todos os cidadãos. A liberdade consistiria em fazer tudo o que a lei não proíbe<sup>12</sup>. A segurança, consistiria na proteção dada pelo governo

---

<sup>10</sup> Tradução livre: “Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes é determinada, não tem Constituição”.

<sup>11</sup> Artigo 1º das Bases anuncia que a liberdade, segurança e propriedade devem ser mantidos pela Constituição Política da Nação Portuguesa, que seria feita a seguir.

<sup>12</sup> Artigo 2º das Bases. É tão forte a ligação com a França que até as diferenças textuais são pequenas. Artigo 2º das Bases traz: “**A liberdade consiste na faculdade, que compete a cada um de fazer tudo o que a lei não proíbe.** A conservação desta Liberdade depende da exacta observância das leis.” Na Constituição Francesa de 1791, o texto é: “**mais comme la liberté ne consiste qu’à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d’autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines** contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d’autrui, seraient nuisibles à la société” ou, em tradução livre “**Como a**

para conservar seus direitos pessoais, sendo expressamente proibida a prisão sem culpa formada, salvo nos casos em que a Constituição determinasse, e nesses o juiz teria vinte e quatro horas para dar por escrito a razão da prisão ou ele, e todos os oficiais envolvidos e quem requeresse a prisão, responderiam por prisão arbitrária<sup>13</sup>. A necessidade de especificar a acusação é uma norma de proteção sem precedentes em constituições francesas ou na espanhola, uma característica portuguesa, que era vanguarda em direitos relacionados à persecução penal mesmo antes do influxo liberal.

O sétimo artigo, também de claro caráter liberal, afirma que “A propriedade é um direito sagrado, e inviolável, que tem todo o cidadão de dispor à sua vontade de todos os seus bens, segundo a lei” – em texto muito semelhante à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*”<sup>14</sup> (FRANÇA, 1789).

Ao falar da propriedade, as Bases criam uma diferença pouco relevante: no texto francês, a propriedade é inviolável e sagrada; no texto português, ela é sagrada e inviolável. A herança liberal de origem francesa é inequívoca.

Dos artigos 8º ao 10, é regrada a liberdade de comunicação de pensamentos. A livre comunicação é um direito do homem e os cidadãos poderiam manifestar suas opiniões em qualquer matéria sem censura prévia, resguardado o dever de responder pelo abuso dessa liberdade<sup>15</sup>. É igualmente grande a semelhança com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão nesse aspecto, até mesmo no uso da palavra “precioso” aparece nas duas normas, e é o único local onde isso ocorre: “A livre comunicação dos pensamentos

---

**liberdade não consiste em mais do que poder fazer tudo o que não prejudique os direitos de outros, nem à segurança pública, a lei pode estabelecer penas contra os atos que, atacando ou a segurança pública ou os direitos de outros, sejam prejudiciais à sociedade”** (FRANÇA, 1791).

<sup>13</sup> Conteúdo dos artigos 3º ao 6º das Bases.

<sup>14</sup> Tradução Livre: “a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, exceto quando a necessidade pública, legalmente determinada, o exigir, e sob a condição de justa e prévia indenização” (FRANÇA, 1789).

<sup>15</sup> Artigo 8º das Bases.

é um dos mais preciosos direitos do homem...” (PORTUGAL, 1821) e “*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’Homme...*”<sup>16</sup> (FRANÇA, 1789).

Com a finalidade de proteger a Liberdade de Imprensa e os delitos resultantes do seu abuso, deveria ser criado um Tribunal Especial, com leis elaboradas pelas próprias cortes<sup>17</sup>. A exceção feita quanto à liberdade de imprensa é quanto à matéria religiosa, os bispos poderiam censurar escritos publicados sobre Dogma e Moral e o governo deveria auxiliá-los nos castigos contra os culpados<sup>18</sup>.

O próximo artigo<sup>19</sup> continua declarando direitos com um dos aspectos mais relevantes do pensamento liberal – a igualdade formal perante a lei. Atualmente, busca-se a igualdade material, mas no período em que a nobreza ainda tinha diversas vantagens, o tratamento igual perante a lei já era uma alteração extremamente significativa:

**11. A lei é igual para todos.** Não se devem portanto tolerar nem os privilégios do Foro nas Causas Civis, ou Crimes, nem Comissões especiais. Esta disposição não compreende as causas, que pela sua natureza pertencerem a juízos particulares, na conformidade das leis, que marcarem essa natureza. (PORTUGAL, 1821)

O artigo 11 cria suas exceções. Elas seriam definidas mais tarde – por 66 votos a 17, o clero perdeu todos os seus privilégios especiais na jurisdição em 1º de março de 1822 – como ocorreu no sistema francês antes disso. Continuou havendo justiça especial apenas para os militares em crimes especificamente ligados às suas funções, em semelhança ao que ocorria na França, no artigo 13 do Título VI (FRANÇA 1791) e Espanha, no artigo 250 da Constituição de Cádiz (ESPANHA, 1812) e ocorre em muitos outros sistemas até os dias atuais.

---

<sup>16</sup> Artigo completo da passagem da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tradução livre: “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos dos homens. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, ressalvado a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei” (FRANÇA, 1789).

<sup>17</sup> Artigo 9º das Bases.

<sup>18</sup> Artigo 10 das Bases.

<sup>19</sup> Artigo 11 das Bases.

Os últimos quatro artigos, do 12 ao 15, tratam de diversos direitos. O Direito Penal<sup>20</sup> é tratado para proibir penas cruéis, infamantes e o confisco de bens, e é também afirmado que nenhuma pena deveria passar da pessoa do delinquente. Por fim, ainda é dito que nenhuma lei, especialmente as penais, devem ser estabelecidas sem necessidade – uma norma de economia legal sem precedentes em outras normas constitucionais do período. Apesar das influências de autores como Voltaire e Beccaria, é notável o protagonismo português (CUNHA, 2006, p. 225).

Por fim, são trazidos concursos públicos como meio de acesso aos cargos públicos, proibindo distinções que fossem além dos talentos e virtudes<sup>21</sup> - outra marca liberal e um dos aspectos singulares da revolução francesa. É aberta a possibilidade para que todo o cidadão possa representar por escrito às Cortes e ao Poder Legislativo com suas relações, queixa ou petições<sup>22</sup>. E, finalizando a lista de direitos, é garantido o segredo das cartas – o sigilo de correspondência – e o Correio é expressamente responsabilizado por infrações<sup>23</sup>.

É possível identificar, pela análise das normas, uma declaração de direitos nas Bases – quase metade da norma é dedicada expressamente a realizar essa declaração. A primeira característica material para que uma norma pudesse receber o nome de Constituição, portanto, foi preenchida. A influência francesa é especialmente relevante nessa seção, o que permite notar não apenas a ligação com o liberalismo, mas também com algumas das normas mais relevantes do período.

## **4.2 Divisão de poderes e forma do estado**

“Da Nação Portuguesa, sua Religião, Governo e Dinastia” é a segunda seção das Bases e tem vinte e dois artigos. Em função da sua dimensão, a organização estatal é feita de maneira imprecisa, ampla – caberia à futura Constituição de Portugal construir a estrutura real do governo.

---

<sup>20</sup> Artigo 12 das Bases.

<sup>21</sup> Artigo 13 das Bases.

<sup>22</sup> Artigo 14 das Bases.

<sup>23</sup> Artigo 15 das Bases.



O governo estabelecido pelas Bases é uma monarquia constitucional hereditária que teria leis fundamentais para regular o exercício dos três poderes políticos. A dinastia reinante seria a Casa de Bragança, com o rei sendo Dom João VI, e os demais, aqueles que fossem seus legítimos descendentes pela ordem regular de primogenitura<sup>24</sup>. Há expressa menção ao caráter constitucional da monarquia e, conseqüentemente, à sua limitação.

Outro aspecto liberal é a definição da soberania<sup>25</sup>. O artigo 20 das Bases normatiza que “Soberania reside essencialmente na Nação. Esta é livre e independente, e não pode ser património<sup>26</sup> de ninguém” (PORTUGAL, 1821). Em função da soberania residir na nação a partir de agora, surgiria o direito de os representantes legitimamente eleitos elaborarem a Constituição de Portugal<sup>27</sup>, é o efeito do pensamento liberal sobre o constitucionalismo.

O artigo 23 é aquele que estabelece a divisão de poderes nas Bases. É estabelecida uma separação expressa entre os três poderes, para que nenhum pudesse exercer a atribuição dos outros. **O uso da expressão “três poderes” é uma novidade em textos constitucionais.** Ele não ocorreu na Constituição da Córsega (ROUSSEAU, 1855), na Constituição Estados Unidos (1787), da Polônia (1791) ou nenhuma das Constituições Francesas (1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804, Carta Constituição de 1814, Ato Adicional de 1815) ou na Constituição de Venezuela (1811). A separação já era feita na prática constitucional, mas essa numeração tem o condão adicional de afirmar, implicitamente, que não haveria nenhum outro poder a ser considerado:

23. Guardar-se-á na Constituição uma bem determinada divisão dos três Poderes, Legislativo, Executivo, e Judiciário. **O Legislativo reside nas Cortes** com a dependência da Sanção do Rei, que nunca terá um veto absoluto, mas suspensivo, pelo modo que determinar a Constituição. Essa disposição porém não

---

<sup>24</sup> Artigo 18 das Bases.

<sup>25</sup> Artigo 20 das Bases.

<sup>26</sup> Essa referência à soberania como parte do patrimônio parece vir da Constituição de Cádiz: “Art. 2. La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.” (ESPANHA, 1812).

<sup>27</sup> Artigo 21 das Bases.

compreende as Leis feitas nas presentes Cortes, as quais leis não ficarão sujeita a veto algum.<sup>20</sup>

**O Poder Executivo está no Rei, e seus Ministros**, que o exercem debaixo da autoridade do mesmo Rei.

**O Poder Judiciário está nos Juízes**. Cada um destes Poderes será respectivamente regulado de modo, que nenhum possa arrogar a si as atribuições do outro (PORTUGAL, 1821, grifo nosso).

O Poder Legislativo das Bases é regido do artigo 24 ao 30. Regras de eleição de representantes<sup>28</sup>, processo legislativo<sup>29</sup>, imunidade material dos representantes por suas opiniões<sup>30</sup> e limitações à intervenção real<sup>31</sup> são apresentadas com detalhamento. A doutrina do Espírito das Leis é utilizada com fidelidade (MONTESQUIEU, 1995, p. 327), como havia ocorrido nos Estados Unidos, França e Espanha e com normas bastante semelhantes.

As atribuições do legislativo<sup>32</sup> são outro aspecto relevante na aferição das características liberais de uma Constituição. As cortes já haviam se atribuído competência para criar a nova Constituição, o papel mais relevante no nascimento de um Estado. No artigo 29, as cortes ainda se atribuem diversas outras competências:

29. Às Cortes pertence nomear a Regência do Reino, quando assim for preciso; prescrever o modo por que então se há-de exercitar a sanção das leis, e declarar as atribuições da mesma Regência. **Somente às Cortes pertence também aprovar os Tratados de aliança ofensiva e defensiva**; de subsídios, e de Comércio; conceder ou negar a admissão de Tropas estrangeiras dentro do Reino; determinar o valor, peso e, lei, e tipo das moedas, e **terá as demais atribuições, que a Constituição designar** (PORTUGAL, 1821).

Além do artigo 29, as ainda se atribuem as competências de criar e repartir tributos<sup>33</sup>, manter a dívida pública<sup>34</sup>, criar e comandar

---

<sup>28</sup> Artigo 24 das Bases.

<sup>29</sup> Artigo 24, 25 e 27 das Bases.

<sup>30</sup> Artigo 28 das Bases.

<sup>31</sup> Artigo 26 das Bases.

<sup>32</sup> Artigo 29 das Bases.

<sup>33</sup> Artigo 34 das Bases.

uma força militar permanente<sup>35</sup> e manter os estabelecimentos de caridade e instrução públicas<sup>36</sup>. Apesar da lista de competências não ser extensa, fica parente a submissão do rei à vontade do legislativo, sinais fortes do novo momento político na Europa e da superação do antigo regime.

O Poder Executivo recebe apenas três artigos nas Bases<sup>37</sup>. O principal é aquele que determina a irresponsabilidade do rei, contrastando com a dos que executariam suas ordens – os ministros responderiam por ele. É outra norma tipicamente liberal e imita os modelos espanhóis e franceses, nos quais se aceita a monarquia imune à lei restringindo os poderes dos ministros e secretários:

**31. O Rei é inviolável na sua pessoa. Os seus Ministros são responsáveis pela falta de observância das leis**, especialmente pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, e propriedade dos Cidadãos e por qualquer dissipação ou mau uso dos bens públicos (PORTUGAL, 1821, grifo nosso).

Além desse, o artigo 32 determina que a dotação do Rei e da Família Real seria feita pelo legislativo uma vez a cada reinado; e o artigo 33, que haveria um Conselho de Estado com membros compostos também pelo legislativo. A relevância de ambos é demonstrar a clara intenção dos revolucionários portugueses em ter algum controle sobre o rei. Dom João VI não apenas tinha jurado fidelidade à Constituição que sequer havia sido feita – já estava definido que seus ministros seriam responsáveis pelos atos decididos por ele, não decidiria sua competência legislativa, seus recursos financeiros e o seu conselho de Estado teria membros apontados apenas pelo legislativo.

O Poder Judiciário ficou desprovido de artigos específicos. É uma característica comum nos textos constitucionais da época se ocupar pouco dos juízes – e não surpreende que essa norma resumida não tenha nenhum artigo. Todas os cuidados eram feitos em relação ao legislativo e executivo, o período de transição do exercício da

---

<sup>34</sup> Artigo 35 das Bases.

<sup>35</sup> Artigo 36 das Bases.

<sup>36</sup> Artigo 37 das Bases.

<sup>37</sup> Artigos 31, 32 e 33 das Bases.

soberania fez com que a preocupação com o fortalecimento do judiciário fosse retardada na maior parte dos países.

As Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa estabelecem, em suma, claramente a separação de poderes e imprimem nela as demais características liberais da época: a alteração do local principal de exercício da soberania; a predominância do poder legislativo; a eleição de representantes para a nação ou povo.

O resultado da análise é bastante claro, características liberais predominam incontestes no texto das Bases. Ela tinha as características que uma norma da segunda fase do uso da palavra Constituição deveria ter. Em sentido material, ela poderia ser chamada de Constituição.

## **5 BASES COMO CONSTITUIÇÃO NA VONTADE DO LEGISLADOR**

Há dois aspectos relevantes a serem observados para se poder concluir se as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa são uma Constituição. O principal deles é a análise material do texto, saber se ele tem o conteúdo liberal necessário que justifique a utilização desse termo naquele período. O menos relevante deles é a vontade do legislador, de caráter mais formal.

Não há nos trinta e sete artigos nenhuma definição da hierarquia da norma. No entanto, ao final das Bases, é feita a afirmação de que a norma seria Constituição provisória:

O presente Decreto se publique, registre, guarde no Arquivo Nacional da Torre do Tombo e, por duplicado, no das Cortes, e se remeta por exemplares impressos a todas as Estações a quem competir, para ter desde logo pronto cumprimento, **ficando as Bases que nele se contém, servindo provisoriamente de Constituição:** com declaração, porém, que os casos exceptuados de que trata o artigo 5, serão inteiramente os mesmos da legislação actual; que a execução dos artigos 8, 9,10, e ficará suspensa por depender de novas leis, que serão feitas imediatamente. A Regência do Reino jure as referidas Bases, e faça expedir as ordens necessárias, para que em determinado dia sejam tão bem juradas por todas as Autoridades Eclesiásticas, Civis, e Militares.

A mesma Regência o tenha assim entendido, e faça prontamente executar. Paço das Cortes em 9 de Março de 1821. (Portugal, 1821, grifo nosso)

A afirmação é inequívoca, as Bases foram colocadas pelos liberais de Portugal no topo do ordenamento jurídico. Há exceções sobre a vigência de apenas quatro artigos, mas nenhum deles envolve aspectos estruturais. As exceções são feitas sobre o tempo que teria o juiz para fundamentar por escrito qualquer prisão, a liberdade de comunicação, a proteção da liberdade de imprensa e a possibilidade de censura sobre os textos religiosos – respectivamente, artigos 5º, 8º, 9º e 10 da norma. Mesmo a exceção reforça, indiretamente, o aspecto constitucional do texto: as constituições são o local no qual tipicamente se encontram as ordens para que o legislador crie leis, como ocorre ali, esses quatro artigos não estariam em vigor até que fossem feitas leis adaptando e possibilitando sua efetivação.

## **6 VALIDADE E EFICÁCIA DAS BASES**

As bases são o primeiro texto liberal no Brasil a ter as características de uma Constituição liberal, impressão reafirmada pela afirmação dos legisladores de que ela seria constituição provisória. É preciso verificar, então, se a sequência de fatos narrada é suficiente para concluir que houve validade e eficácia das Bases – se essa norma portuguesa viveu no Brasil efetivamente. A eficácia, nesse sentido, não poderá ser apenas jurídica. Como doutrina Kelsen, esse conceito deve ser atribuído apenas quando houve aplicação efetiva da norma, ainda que em uma análise global e ampla.

Naquele momento, o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves ainda era governado pelo monarca português. A soberania não emanava do povo ou nação, ela emanava do rei, apoiado em fundamentos religiosos, como ocorria com os outros reinos cristãos europeus. A doutrina regalista, aceita em Portugal, compreende o rei como o senhor de todo o reino, constituído por sucessão dinástica e com legitimação criada pela vontade divina e pelo juramento de fidelidade às leis e aos costumes (ADAME GODDARD, 2010, p. 59).

Sendo Dom João VI o detentor da soberania, a adesão do monarca ao movimento português também foi o momento em que as

Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa passaram a vigor no Brasil formalmente.

A respeito da eficácia em sentido material, valem as passagens de Hans Kelsen<sup>38</sup>. “**Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas**” (KELSEN, 2006, p. 237) e

Uma revolução [...] é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. De um ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através do emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo. [...] Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente pelo governo revolucionário. O que existe, não é uma criação do direito inteiramente nova, mas uma recepção das normas de uma ordem jurídica por outra ... O conteúdo de validade destas normas permanece na verdade o mesmo, mas seu fundamento de validade, [...] e o **fundamento de validade** de toda a ordem jurídica, mudou” (KELSEN, 2006, p. 238, grifo nosso).

São relativamente pequenas as alterações práticas trazidas pela vigência dessa norma para o Brasil. Ela era formada principalmente por princípios<sup>39</sup>, não tendo havido qualquer movimento no sentido de alterar instituições para criar alguma adequação. A maioria das normas existentes teriam sido recepcionadas pelas Bases.

---

<sup>38</sup> Não há uma filiação plena ao positivismo como forma de explicação do caso. O uso de partes centrais da teoria kelseniana foi feito pela clareza do autor e utilidade nos casos em que há dúvidas sobre a vigência ou não de uma nova Constituição.

<sup>39</sup> A palavra princípio é aqui utilizada no sentido moderno, inexistente naquele período, com a definição de acordo com a doutrina de Humberto Ávila: “Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelece um estado de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras” (ÁVILA, 2005, p. 79)

Apesar dos efeitos sociais e políticos pequenos, há argumentos fortes no sentido de reconhecer sua eficácia. Primeiro: o poder soberano reconheceu o movimento que criou as bases como legítimo. Segundo: Dom João VI jurou fidelidade à Constituição que iria ser feita com a influência das bases, reconhecendo não apenas elas, mas o resultado que iria surgir com sua influência. Terceiro: foram realizadas, no Brasil, as eleições gerais previstas no decreto de 7 de março, mostrando que normas de hierarquia inferior às bases, e por ela autorizadas, tiveram efeitos concretos.

A realização das eleições é um dado importante, ela demonstra a existência de eficácia daquele novo ordenamento, e como os efeitos práticos não foram irrelevantes em um sentido social ou político. Ainda que sem protagonismo da norma, foi sob sua vigência que todos os conflitos entre Dom Pedro e as Cortes Portuguesas se desenvolveriam e culminariam na independência do Brasil. Assim, conclui-se que houve vigência da norma no Brasil, como ocorreu em Portugal e Algarves.

O juramento do monarca é o ato principal, a manifestação dá início à eficácia da norma. Foi uma expressão de vontade exarada pela única pessoa competente para tanto, o detentor da soberania, e foi feita utilizando meios que não foram contestados em sua forma ou conteúdo – um juramento público e um decreto. Assim, se deve concluir que ali houve o início da vigência da norma.

A norma previa expressamente a situação de adesão e sua entrada em vigência nesse caso. O artigo 21 normatiza que elas vigeriam “nas outras três partes do mundo”, além de Portugal e Algarves, a partir da declaração dos representantes dessas partes:

21. Somente à Nação pertence fazer a sua Constituição, ou lei fundamental, por meio de seus Representantes legitimamente eleitos. Esta lei fundamental obrigará por ora somente aos Portugueses residentes nos Reinos de Portugal e Algarves, que estão legalmente representados nas presentes Cortes. **Quanto aos que residem nas outras três partes do mundo, ela se lhes tornara comum, logo que pelos seus legítimos Representantes declarem ser essa a sua vontade** (PORTUGAL, 1821, grifo nosso).

É uma referência ao Brasil e tal declaração se concretizou. A partir daquele momento, em sentido técnico, o Brasil teve a vigência

da norma portuguesa durante o período de 9 de março de 1821 até a independência em 7 de setembro de 1822, com a breve pausa de 21 de abril de 1821, quando vigeu a Constituição de Cádiz por um dia.

## CONCLUSÃO

Houve diversos usos da palavra Constituição. No Brasil, as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa foram a primeira norma da segunda fase, quando Constituição passou a ser uma norma suprema. Assim, essa norma se tornaria candidata a ser, em sentido técnico, a primeira Constituição a ter vigência no país.

A análise da norma demonstra que as Bases se adequam ao pensamento liberal da época, tendo como fonte de inspiração principalmente as constituições francesas e a espanhola. Houve uma declaração de Direitos Fundamentais nos quais os mais importantes direitos de igualdade e liberdade são reconhecidos. Na organização do Estado, é feita uma separação de poderes nos moldes propostos por Montesquieu e já em funcionamento nos Estados Unidos da América. Os legisladores pretenderam que a norma fosse uma Constituição provisória e a criaram com as normas que as constituições da época tinham.

A partir do momento em que o rei declara sua vontade de maneira legítima, as bases entram em vigor no Brasil. O monarca detinha a soberania até aquele momento, nos moldes do antigo regime. Os desenvolvimentos posteriores e, em especial, as eleições gerais ocorridas nos meses seguintes permitem concluir que a norma realmente teve alguma eficácia concreta, pois as decisões dos deputados que atuavam sob suas normas foram cumpridas e criaram efeitos sociais e políticos de grande relevância. Com tudo isso considerado, conclui-se que as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa são a primeira Constituição a viger no Brasil, a partir de sua vigência em 9 de março de 1821.



## REFERÊNCIAS

ADAME GODDARD, Jorge. Assimilación y rechazo en México del sistema de relaciones entre la Iglesia y el Estado contemplado en la Constitución de Cádiz. In: **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**, Volumen XXII, Sección de Artículos, 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/22/art/art3.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

ARMITAGE, John. **Historia do Brazil desde a chegada da real familia de Bragança, em 1808, até a abdicação do Imperador D. Pedro I, em 1831**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1837. Disponível em: <[http://www.Brasíliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/00187000/001870\\_COMPLETO.pdf](http://www.Brasíliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/00187000/001870_COMPLETO.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2013.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros LTDA, 2005.

BARBOSA, Ruy. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Volume XXXVIII, Tomo I. Rio de Janeiro:

Ministério da Educação e Cultura, Fundação casa de Rui Barbosa, 1977, 518.

BERBEL, Marcia Regina. La Constitución española en el mundo luso – americano (1820-1823). **Revista de Índias**, Volume 68, Número 242, 2008. Disponível em: <<http://revistadeindias.revistas.csic.es/index.php/revistadeindias/article/view/641/707>>. Acesso em: 08 dez. 2013. P. 229.

BERBEL, Márcia Regina. Os apelos nacionais nas cortes constituintes de Lisboa (1821/22). In: **A independência brasileira: novas dimensões**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

BOLINGBROKE. **The Works of the Lord Bolingbronke with a Life, prepared expressly for this edition, containing additional information relative to his personal and public caractere selected from the best authorities**. Filadélfia: Carey and Hart, 1841, vol. II.

BONAVIDES, Paulo. **As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, Uma Análise Comparativa**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

- BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos Políticos da História do Brasil**. Volume VIII. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2012
- BREWER-CARÍAS, Allan R. **La Constitución de Cádiz de 1812 y los Principios del Constitucionalismo Moderno: Su Vigencia em Europa y em América**. Anuario Jurídico Villanueva, Madri, Volume III, 2009.
- CAIRÚ, José da Silva Lisboa, Visconde de. **Historia dos principaes sucessos políticos do Imperio do Brasil (Parte X)**. Rio de Janeiro: Na Typographia Imperial e Nacional, 1827. Disponível em: <[http://www.Brasíliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/00858820/008588-2\\_COMPLETO.pdf](http://www.Brasíliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/00858820/008588-2_COMPLETO.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2013.
- CALMON, Pedro; PEIXOTO, Afrânio. MELLO, Martinho Nobre de. A primeira constituição do Brasil: regimento de dom João III a Tomé de Souza. In: **Volume I das Publicações do Instituto de Estudos Portugêses do Liceu Literário Português (Fundação José Gomes Lopez)**. Rio de Janeiro: 1943.
- CARVALHO, José Murilo de; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello [org]. **Às Armas, Cidadãos! Panfletos Manuscritos da Independência do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- CUERVO LO PUMO, Caetano. **Limites do Intervencionismo Judicial no Processo Eleitoral Brasileiro: O problema da Legitimidade Democrática e Representativa no Sufrágio**. 2009, dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Raízes da República: introdução histórica ao direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- ESPAÑA. **Constitución Política de la Monarquía Española**. In: LABASTIDA, Horacio. *Las Constituciones Españolas*. 1ª Edição. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1994.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The United States Constitution**. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>. Acesso em: 12 fev. 2014.
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Formação do Patronato Político Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001
- FAVOREAU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. **Droit Constitutionnel**. 14ª ed. Paris: Édition Dalloz, 2012.
- FERRANDO BADÍA, Juan. **Proyección exterior de la Constitución de**

**1812.** Revista Ayer, número 1, 1991. Disponível em: <[http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer1\\_07.pdf](http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer1_07.pdf)>. Acesso: 15 dez. 2013.

FRANÇA. **Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/acte-additonnal-aux-constitutions-de-l-empire-du-22-avril-1815.5103.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.

FRANÇA. **Charte de 1814 – 1ère Restauration.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814.5102.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.

FRANÇA. **Constitution de 1791.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5082.pdf>>. Acesso: 9 dez 2013.

FRANÇA. **Constitution de l'An I – Première République de 1793.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.

FRANÇA. **Constitution de l'An III – Directoire – 5 fructidor An III de 1795.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.

FRANÇA. **Constitution de l'An VIII – Consulat – 22 frimaire An VIII de 1799.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.

FRANÇA. **Constitution de l'An X – Consulat à vie – 16 thermidor An X de 1802.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-16-termidor-an-x.5088.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.

FRANÇA. **Constitution de l'An XII – Empire – 28 floréal An XII de 1804.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-l-an-xii-empire-28-floreal-an-xii.5090.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal.** Brasília: Ministério da Justiça, 1994.

GOMES, Laurentino. **1808**. Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Editora Planeta, 2011.

GUZMÁN, Eduardo de. **Las ocho constituciones de España: Cádiz, 1812**: dramáticos orígenes de la vida parlamentaria española. Tiempo de historia. Prensa Periodica, Madri, Ano I, número 10, set. 1975

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist, on the New Constitution by Publius**. Nova Iorque: Pritend and sold by George F. Hopkins, at Washington's Head, 1802.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Tradução de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte 2ª ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 2011,

HESSE, Konrad. **Conceito e Peculiaridade da Constituição**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Aurelino. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Londres e Chicago: The University of Chicago Press, 1965.

LUSTOSA, Isabel. **D. Pedro I**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2008.

MELLO MORAES, Alexandre José. **Historia do Brasil-reino e Brasil-imperio compreendendo**: A historia circunstanciada dos ministerios, pela ordem chronologica dos gabinetes ministeriaes, seus programmas, revoluções politicas que se derão, e cores com que apparacerão, desde a dia 10 março de 1808 até 1871. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & C., 1871.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **L'esprit de loi**. Saint-Amand: Édition Gallimard, 1995.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Constituição e Direitos Humanos Fundamentais - Exigibilidade e Proteção. In: **Anais do XVII Conselho Nacional do CONPEDI**. Brasília: CONPEDI, 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08\\_846.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_846.pdf)>. Acesso em: 08 mar. 2014.

POLÔNIA. **New constitution of the government of Poland, established by the revolution, the third of May, 1791**. 2ª ed. Londres: Printed for J. Debrett, 1791. Disponível em: <<http://www.polona.pl/item/1109263/7/>>.

Acesso em: 03 fev. 2014.

PORTUGAL. **Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1821**. Lisboa: Tipografia de J. F. M. de Campos, 1821. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/992.pdf>>. Acesso: 22 dez. 2013.

PORTUGAL. **Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa**. Primeira legislatura, primeira sessão legislativa, número 21, ata de 23 de fevereiro de 1821. Lisboa, 1821-1822. Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/?pid=mc>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

PORTUGAL. **Regimento que levou Tomé de Souza governador do Brasil, Almerim, 17/12/1548**. Lisboa. Disponível em: <[http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/1.3\\_Regimento\\_que\\_levou\\_Tom\\_de\\_Souza\\_0.pdf](http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/1.3_Regimento_que_levou_Tom_de_Souza_0.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2014.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil**. Colônia e Império. São Paulo: Editora Brasiliense, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Constitución de Corse**. Disponível em: <<http://pasqualepaoli.free.fr/2/2.html>>. Acesso: 1 jan. 2014.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. **Historia Geral do Brazil isto é do seu descobrimento, colonisação, legislação, desenvolvimento, e da declaração da independencia e do imperio, escripta em presença de muitos documentos inéditos recolhidos nos archivos do Brasil, de Portugal, da Hespanha e da Holanda**. Tomo II. Rio de Janeiro, casa de E. e H. Laemmert, 1856.

VENEZUELA. **Constitución de 1811**. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461621981246052976613/index.htm>>. Acesso em: 5 de jan. 2014.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WORMUTH, Francis D. **The Origins of Modern Constitutionalism**. Estados Unidos da América: Harper & Brothers, 1949.

## OS JUÍZES DE ÓRFÃOS: A IMPORTÂNCIA DO CARGO PARA A CARREIRA PROFISSIONAL (PORTO ALEGRE, SÉC. XIX)

*José Carlos da Silva Cardozo*<sup>\*</sup>  
*Paulo Roberto Staudt Moreira*<sup>\*\*</sup>

À medida que Porto Alegre, capital da Província/Estado mais meridional do Brasil, ia crescendo em importância política e número de habitantes, houve a necessidade de serem criadas instituições e equipamentos públicos para ordenar tanto o espaço geográfico quanto o espaço social. Uma delas, entretanto, ainda tem seu papel subestimado nos estudos históricos, por ser descrita como uma instituição cuja importância teria sido considerada secundária (ou menor) nos assuntos relacionados à cidade de Porto Alegre: trata-se do Juízo dos Órfãos.

O estudo de Adriano Comissoli<sup>1</sup> sobre a Câmara de Porto Alegre, entre 1767 e 1808, descreve o cargo de Juiz de Órfãos como função de “menor importância” dentro da estrutura administrativa das Câmaras Municipais. A avaliação desse autor reside no fato de que o cargo de Juiz de Órfãos ser eletivo, sob responsabilidade da Câmara, mas, se esse fosse o motivo, seria de se conjecturar que era justamente nesse ponto que se dava a reprodução dos grupos elitistas

---

<sup>\*</sup> Doutor e Pós-Doutor em História Latino-Americana. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), pesquisador e orientador no Programa de Pós-Graduação em História da instituição. Editor da Revista Brasileira de História & Ciências Sociais.

<sup>\*\*</sup> Doutor e Pós-Doutor em História. Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), pesquisador e orientador no Programa de Pós-Graduação em História da instituição. Tesoureiro da Associação Nacional de História – Seção Rio Grande do Sul (ANPUH-RS).

<sup>1</sup> COMISSOLI, Adriano. *Os “homens bons” e a Câmara Municipal de Porto Alegre (1767-1808)*. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2006.

nessa esfera de poder: uma vez que eram os “homens bons<sup>2</sup>” que escolhiam o indivíduo para o cargo, estes não lançariam a “sorte” para alguém que não fosse da confiança do grupo e/ou não possuísse prestígio econômico e social, já que, em suas mãos, ficaria depositada a maior parte do dinheiro e bens que financiavam boa parte dos negócios na localidade, mas, quanto a isso, nos aprofundaremos mais adiante.

A explicação de Comissoli<sup>3</sup> não levou em conta a quantidade de habitantes que havia em Porto Alegre<sup>4</sup>, e esse dado é importante, uma vez que, segundo o jurista Lenine Nequete<sup>5</sup>, determinaria a forma de escolha do Juiz de Órfãos da localidade, pois “eram **eleitos** como os juízes ordinários ou **nomeados** como os de fora, nos termos que tivessem quatrocentos ou mais vizinhos”<sup>6</sup>, determinação presente que se fazia tanto nas Ordenações Manuelinas quanto nas Filipinas - textos legais para atuação dos Juízes de Órfãos. A nomeação desse último grupo de magistrados era feita pelo próprio rei por um período de três anos, já adiantamos que o Juiz Ordinário ou Juiz de Terra, como também era conhecido, não precisava ter formação jurídica, uma vez que era a Câmara que o escolhia, com base em valores sociais e prestígio econômico; o Juiz de Fora, surgido em Portugal no século XVI, era a representação da institucionalização do judiciário (e do rei), em oposição ao poder pessoal inscrito no âmbito das localidades, sendo baseado nas ordenações (o direito escrito).

O importante é deixar claro, desde já, que o Juiz de Órfãos

---

<sup>2</sup> Nomenclatura atribuída a uma elite local que deveria possuir, entre outras características, ser maior de 25 anos, casado ou emancipado, católico, por fim, deveria possuir cabedal. Recomendamos ver: FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Globo, 2001. COMISSOLI, Adriano. *Op. cit.*

<sup>3</sup> COMISSOLI, Adriano. *Op. cit.*

<sup>4</sup> No ano de 1780, dado presente no estudo de Adriano Comissoli, havia 1.512 habitantes (COMISSOLI, Adriano. *Op. cit.*) Os dados reunidos pela Fundação de Economia e Estatística nos informam que, em 1803, Porto Alegre possuía 11.747 habitantes; no ano de 1872, possuía 43.998; já em 1900, alcançou a marca de 73.674 indivíduos (FUNDAÇÃO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICA. *De província de São Pedro a Estado do Rio Grande do Sul - censos do RS (1803-1950)*. Porto Alegre: FEE, 1981.).

<sup>5</sup> NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência: I - Império*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973.

<sup>6</sup> NEQUETE, Lenine. *Op. cit.*, p. 130, destaque nosso.

tinha sob sua responsabilidade, além dos órfãos (menores de idade) e questões relativas às famílias – as quais envolviam a realização de inventários e partilhas –, um bom capital financeiro advindo dos processos que administrava e a ele eram afiançados, recursos que poderiam ser emprestados ao Estado ou a particulares. Sendo assim, não podemos acreditar que se tratasse de um cargo “sem prestígio” ou “menor” no que diz respeito à magistratura e à sociedade em geral, ainda que fosse eleito pela Câmara.

O estudo de Antônio Carlos Jucá de Sampaio<sup>7</sup>, ao investigar o mercado carioca de crédito, entre 1650 e 1750, aponta para a importância que as elites davam ao cargo, o que evidenciava a valorização do Juízo dos Órfãos no que diz respeito à economia fluminense no período. Segundo os dados coligidos pelo autor, o Juízo dos Órfãos foi a principal fonte de crédito no Setecentos, tendo sido responsável por 1/3 de todos os recursos emprestados. Com o passar do tempo, novas fontes de recursos foram sendo criadas, e o Juízo dos Órfãos, ao longo do século XIX, vai deixando de figurar como importante agente de crédito na praça de negócios fluminenses. Dessa forma:

[...] essa perda de importância está ligada ao acelerado processo de desenvolvimento mercantil por que passa a economia fluminense no Setecentos, levando ao surgimento de novas fontes de recursos para aqueles que demandavam empréstimos. Tal fato é evidenciado pelo surgimento dos homens de negócio como grandes credores [...]. Por enquanto, o que nos interessa reter é a perda de importância de um dos mais proeminentes cargos da República que até então fora estratégico para o processo de acumulação da elite senhorial. Ou, pelo menos, para garantir sua liquidez e, com ela, a sobrevivência a longo prazo.<sup>8</sup>

Ao final do texto, Antônio Jucá Sampaio afirma que “são os homens de negócio, junto com as instituições coloniais (como o Juízo de Órfãos) que controlam a liquidez da economia colonial”<sup>9</sup>;

---

<sup>7</sup> SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá de. O mercado carioca de crédito: da acumulação senhorial à acumulação mercantil (1650-1750). *Estudos Históricos*, FGV, Rio de Janeiro, v. 29, p. 29-49, 2002.

<sup>8</sup> SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá de. *Op. cit.*, p. 36, destaque no original.

<sup>9</sup> SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá de. *Op. cit.*, p. 44.



mesmo que, no final do século XVII e princípio do XVIII, o crédito advindo de instituições perca espaço diante de novas elites mercantis, que dominariam o mercado de crédito, é significativo perceber que o Juiz dos Órfãos era um cargo com elevado poder nas mãos à medida que emprestava dinheiro proveniente de heranças dos órfãos ou do leilão dos bens destes em *hasta publica*.

Para termos uma ideia da importância da instituição para o Estado brasileiro, acreditamos ser oportuno explicitar em valores o capital econômico que transitavam pelas mãos dos oficiais do Juízo dos Órfãos de Porto Alegre.

Analisando os Livros de Entradas<sup>10</sup> do período de 1850 a 1870<sup>11</sup>, ficamos impressionados com o valor de 1.291:114\$778 (hum mil, duzentos e noventa e um contos, cento e quatorze mil e setecentos e setenta e oito réis) recebidos no Cofre dos Órfãos, volume substancial para uma instituição não bancária no período. Com um volume tão grande de dinheiro depositado, não era estranho ao Juízo dos Órfãos de Porto Alegre emprestar dinheiro.

Recorrendo aos Recibos<sup>12</sup> que foram expedidos pelo Tesouro da Província de São Pedro ao Juízo dos Órfãos de Porto Alegre durante o período, foi possível avaliar o montante de crédito que possuía a instituição. Esses recibos compunham o Livro Caixa Geral do Tesouro e foram retirados deste, o que é comprovado pelas falhas observadas na numeração sequencial das páginas, para compor o conjunto documental sobre o Juízo dos Órfãos depositados no Arquivo Histórico de Porto Alegre Moysés Vellinho (AHPAMV); possivelmente tal prática não tenha ocorrido em relação aos livros restantes, o que teria garantido a preservação dos dados compilados.

Esses recibos são, na verdade, comprovantes de depósitos que o Tesoureiro do Cofre dos Órfãos realizava no Tesouro da

---

<sup>10</sup> *Livro de Entradas*. Fundo Câmara/Conselho Municipal. Ano 1764-1937. Código: 1.5.3 a 1.5.4. [Manuscrito]. Localização: Arquivo Histórico de Porto Alegre Moysés Vellinho (AHPAMV).

<sup>11</sup> Nesse intervalo, não foram localizados os livros com os registros para os anos de 1857 a 1860, o que elevaria ainda mais o montante recebido no Cofre dos Órfãos do Juízo dos Órfãos de Porto Alegre.

<sup>12</sup> Infelizmente, a fonte está centrada somente no período entre os anos de 1850 e 1870; não há dados para os anos anteriores ou posteriores, por isso restringimos os dados dos Livros de Entradas para esse intervalo.

Província, o qual renderia juros para os menores que estivessem com recursos emprestados à Província.

No referido período, a quantia emprestada pelo Tesoureiro dos Órfãos foi de 214:020\$810<sup>13</sup> (Duzentos e quatorze contos, vinte mil e oitocentos e dez réis), um valor muito alto se o compararmos, por exemplo, com o preço médio de um escravo do sexo masculino com profissão, uma vez que o valor dele poderia chegar a 1:700\$000.<sup>14</sup>

Dessa forma, há que se relativizar a afirmação de que o cargo de Juiz, Curador Geral ou Escrivão ou mesmo o de Tesoureiro dos Órfãos eram cargos de “menor importância”, uma vez que as suas atividades impactavam a organização, primeiramente social (com o cuidado sobre um órfão), mas também econômica (com os empréstimos), já que esta se encontrava no centro das atenções financeiras.

Assim, recuperar a carreira dos juízes que julgaram no Juízo dos Órfãos de Porto Alegre é resgatar a história de uma instituição cuja atuação teria sido pouco valorizada (ou não analisada adequadamente). Dessa forma, este texto tem por objetivo investigar a carreira desses juízes e perceber a importância que o desempenho da função teve para a construção da carreira profissional desses indivíduos.

O Juízo dos Órfãos, como grande parte das instituições no Brasil Colônia e Império, é de origem portuguesa, tendo surgido com as Ordenações Manuelinas, em 1512. Quando o “cabeça” de uma casa morria e deixava herdeiros ou um testamento, deveria ser aberto um processo de inventário (ou partilha) dos bens dessa pessoa pelo Juiz de Órfãos da localidade, mesmo que sua esposa continuasse viva (predominava na época a lógica da sociedade de Antigo Regime, ou seja, a figura feminina tinha um papel social a desempenhar dentro de estritos padrões ético-morais, que a distinguiam da figura

---

<sup>13</sup> AHPAMV. *Recibos*. Fundo Câmara/Conselho Municipal. Ano 1764-1937. Código: 1.5.1 a 1.5.2. [Manuscrito]. Localização: Arquivo Histórico de Porto Alegre Moysés Vellinho.

<sup>14</sup> MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. *Os cativos e os homens de bem: experiências negras no espaço urbano*. Porto Alegre: EST Edições, 2003.

masculina, não sendo de sua alçada o zelo pelos bens<sup>15</sup>). Caso houvesse um menor de idade (órfão) que tivesse parte no processo de inventário, a Lei ordenava que o menor tivesse um responsável pelos seus interesses nesse processo, para que nenhum adulto viesse a se apropriar da legítima do menor; assim, o Juiz de Órfãos atribuía um responsável em processo judicial de tutela ou curatela, dependendo do caso.

No período entre 1860 e 1899<sup>16</sup>, o Juízo dos Órfãos de Porto Alegre teve 34 Juízes, que arbitraram sobre 952 processos de tutela<sup>17</sup> que a eles haviam chegado, 12 dos quais não tinham o diploma de bacharel em direito, eram Juízes Suplentes dos Substitutos. Assim, em verdade, eram substitutos dos substitutos, pois, muitas vezes, até mesmo os primeiros suplentes eram bacharéis.

Para percebermos a importância em ocupar o cargo de Juiz de Órfãos na carreira profissional de um indivíduo, analisaremos 21 Juízes “titulares” ou Substitutos de Órfãos de Porto Alegre. Logo de início podemos nos questionar: por que aceitar assumir tal responsabilidade?

A partir de 1731, o Estado português regulamentou que os Juízes de Órfãos teriam a incumbência de cuidar dos menores de idade (bens e interesses) que porventura não estivessem mais sob a responsabilidade paterna. As alçadas do cargo não eram uma novidade, pois já haviam feito parte das imputações atribuídas aos Juízes Ordinários, mas a diferença estava assentada naquilo que a delimitação da função trazia em si, a saber, o controle sobre a liquidez dos bens dos menores, uma vez que o Juiz de Órfãos tinha que colocar, em prazo de até um mês, em *hasta pública*, os bens

---

<sup>15</sup> HESPANHA, António Manuel. Carne de uma só carne: para uma compreensão dos fundamentos histórico-antropológicos da família na época moderna. *Análise social*, Vol. XXVIII (123-124), 1993, p. 951-973.

<sup>16</sup> A escolha centrada nesse período se deveu a esse ser onze anos antes da Lei do “ventre livre” (1871) e onze anos depois da Abolição da escravidão (1888), períodos em que a instituição recebeu novas demandas relacionadas aos menores não provenientes dos grupos elitistas, como filhos de escravos, foros, populares e imigrantes.

<sup>17</sup> Esse número corresponde à totalidade de processos desse tipo abertos no período, representando 1450 menores arrolados nos autos.

imóveis daqueles que acabavam por receber uma herança<sup>18</sup>.

Não era qualquer pessoa que poderia ser investida com o cargo de Juiz de Órfãos uma vez que, dentro dessa conjuntura, a preocupação maior do Estado não residia na atenção ao menor e ao seu infortúnio, mas sim nas cifras que o legado deixado pelos familiares aos menores poderia trazer em benefício do Estado, das quais, como vimos, este acabava se apropriando até a maioridade da criança. Assim, “é totalmente coerente que quanto mais complexa se tornava a administração, maiores e mais povoadas as localidades, mais importante era ter a função de juiz de órfãos desatrelada de outro cargo<sup>19</sup>”. Dessa forma, havia um capital social ligado à função. O capital social é um conjunto de relações sociais das quais se dispõe, em outras palavras:

[...] o capital social é o conjunto de recursos atuais ou potenciais que estão ligados à posse de uma *rede durável de relações* mais ou menos institucionalizadas de interconhecimento e de inter-reconhecimento ou, em outros termos, à *vinculação a um grupo*, como conjunto de agentes não somente são dotados de propriedades comuns [...], mas também são unidos por *ligações* permanentes e úteis<sup>20</sup>.

Assim, o desempenho do cargo poderia trazer - atrelado a si - vantagens tanto materiais como simbólicas para aquele que ocupava a função. Tamanhas eram as possibilidades que se apresentavam que houve até mesmo situações em que os indivíduos pagaram para ocupar o cargo no período colonial<sup>21</sup> e, mesmo que José Murilo de

---

<sup>18</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal, recopiladas por mandado do rei D. Philippe I*. 14. ed. Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Philomathico, 1870, liv.1, tit. 62, § 45; tit. 88 § 25; 27; 31.

<sup>19</sup> SODRÉ, Elaine Leonara de Vargas. *A disputa pelo monopólio de uma força (i)legítima: Estado e administração Judiciária no Brasil Imperial* (Rio Grande do Sul, 1833-1871). Tese (Doutorado em História), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 53.

<sup>20</sup> BOURDIEU, Pierre. O capital social - notas provisórias. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). *Escritos de educação*. 13. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012, p. 67, destaques no original.

<sup>21</sup> GALLO, Alberto. La venalidad de oficios públicos durante el siglo XVIII. In: BELLINGERI, Marco (Coord.). *Dinámicas de Antiguo Régimen y orden constitucional*. Turim: Otto Editore, 2000, p. 97-174.

Carvalho acentue que, no período de consolidação das faculdades de direito no Brasil, à época do Império, “os jovens graduados podiam conseguir rapidamente um cargo de promotor ou juiz municipal ou juiz de órfãos”<sup>22</sup>, uma vez que eram nomeados, ainda assim o cargo não era concedido à revelia, mas sim àqueles que possuíam, minimamente, uma relação com o poder local e/ou estatal vigente.

É significativo perceber que quase todos os vinte e dois (bacharéis) Juízes de Órfãos de Porto Alegre que arbitraram sobre processos de tutela entre 1860 e 1899, à exceção de apenas um<sup>23</sup>, ocuparam cargos proeminentes na sociedade, no ensino, no judiciário, ou mesmo na política, o que ratifica as potencialidades advindas da função, tanto na sociedade como no Estado, como um meio possível de ascensão social ou profissional.

Para analisar os 21 Juízes de Órfãos que atuaram sobre processos de tutela na cidade de Porto Alegre, procuramos seguir um dos princípios metodológicos da micro-história promovida pelos historiadores italianos<sup>24</sup>, que, por mais simples que possa parecer, é de extrema utilidade a ponto de ser instrumental numa investigação. Refiro-me à proposta criada por Carlo Ginzburg e Carlo Poni<sup>25</sup>, na década de 1970, por meio da qual apontam o nome como fio-guia da pesquisa histórica, permitindo ao investigador acompanhar um agente histórico em períodos diversos e também por meio de contextos sociais diversos. Essa prática consiste em procurar o sujeito nas diversas possibilidades de documentos e registros com a

---

<sup>22</sup> CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 106.

<sup>23</sup> Manoel Ignácio de Medeiros Rego Monteiro, formado na Faculdade de Direito de Olinda/Pernambuco em 1848, infelizmente, não conseguimos reunir maiores informações.

<sup>24</sup> Sobre a micro-história italiana, recomendamos ver, dentre muitos trabalhos: LIMA, Henrique Espada. *A Micro-história italiana: escalas, indícios e singularidades*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. Ver: SERNA, Justo & PONS, Analet. O Buraco da Agulha. Do que falamos quando falamos de micro-história? In: MARTINS, Maria Cristina Bohn; MOREIRA, Paulo Roberto Staudt (Orgs.). *Uma história em escalas: a microanálise e a historiografia latino-americana*. São Leopoldo/RS: Oikos / Editora UNISINOS, 2012, p. 15-72.

<sup>25</sup> GINZBURG, Carlo; PONI, Carlo. O nome e o como: troca desigual e mercado historiográfico. In: GINZBURG, Carlo. *A micro-história e outros ensaios*. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p.169-78.

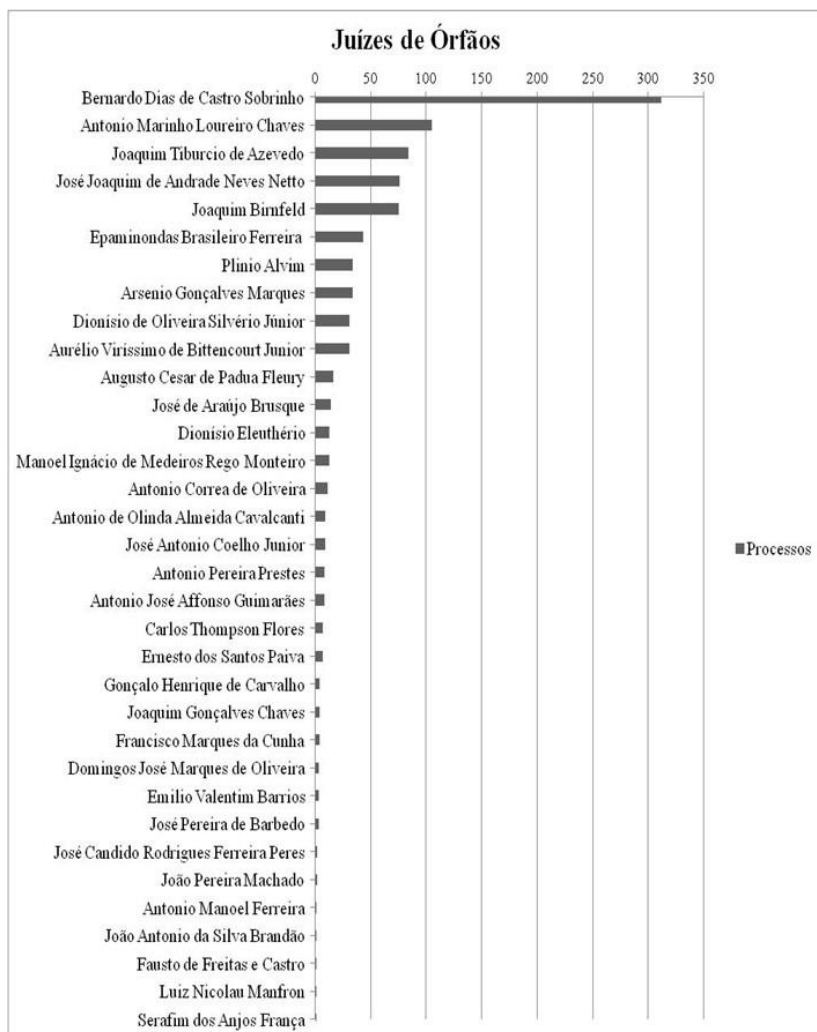
finalidade de compor sua trajetória. Contudo, os autores escreveram a partir de uma realidade arquivística e documental europeia, e não necessariamente representam a nossa realidade brasileira, como bem reportou João Fragoso<sup>26</sup>, devido à carência de grande *corpus documental* preservado e organizado. Para o historiador fluminense, desse lado do Atlântico, somente seria possível uma micro-história “feia”, “tapuia”, incompleta, devido as péssimas condições de guarda e pesquisa da documentação histórica, mas que, apesar das limitações, traria à tona as experiências dos agentes históricos na sociedade.

Ao final do cadastramento de todas as informações sobre os processos de tutela em banco de dados desenvolvido para esse fim, iniciamos nossa busca pelos nomes dos Juízes que teriam participado dos autos (gráfico 1), fazendo uso dos mais variados conjuntos de fontes: cartoriais, eclesiásticas, dentre outras.

---

<sup>26</sup> FRAGOSO, João. Afogando em nomes: temas e experiências em história econômica. *Topoi: Revista de História*. Vol. 3 n.5, p. 41-70, 2002. Disponível em: <<http://www.revistatopoi.org/>>. Acesso em: 02/01/2015.

Gráfico 1 – Juízes de Órfãos, baseado nos processos de tutela de 1860 a 1899, depositados no APERS<sup>27</sup>.



<sup>27</sup> O número de processos (952) é diferente do número de participações (970), pois houve casos em que mais de um Juiz decidiu. Além disso, para a construção desse gráfico, não foram levados em conta dois processos em que houve a participação de mais de três Juizes.

Os cinco primeiros Juízes de Órfãos foram responsáveis pelas decisões em 68% do total de ações de tutela abertas no período. Bernardo Dias de Castro Sobrinho, de longe, foi o magistrado de maior atuação, trabalhando em nada menos do que 312 processos, correspondendo a 32,16% do total.

Castro Sobrinho, filho do promotor João Dias de Castro<sup>28</sup>, é o típico exemplo daqueles que conseguiram galgar posições<sup>29</sup> dentro da hierarquia do Judiciário gaúcho, mesmo tendo colado grau em Direito na distante Recife, no ano de 1863<sup>30</sup>. Natural do Rio Grande do Sul, após se formar, retornou para sua província natal, tendo sido Juiz de Direito na Comarca de São Borja<sup>31</sup> em 1872. Em 1875, veio para Porto Alegre atuar no Juízo dos Órfãos em uma ação para, logo em seguida, arbitrar em 312 processos ao longo das décadas de 80 e 90. Bernardo Dias de Castro Sobrinho escalou posições dentro da estrutura do Judiciário e alcançou o posto de Desembargador do Superior Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul<sup>32</sup> chegando, em

---

<sup>28</sup> Importante figura na história do Rio Grande do Sul, pois foi ele que denunciou Bento Gonçalves pelo crime de rebelião contra o império (Processo dos Farrapos).

<sup>29</sup> Foi Juiz Municipal do Termo de Triunfo, em 1865; no ano seguinte subiu na estrutura judiciária ao ser nomeado Juiz Municipal de São Leopoldo. No ano de 1871, foi eleito Deputado à Assembleia Provincial e nomeado Juiz de Direito em Itaquí, tendo sido transferido ainda no mesmo ano para São Leopoldo. Dez anos depois, foi transferido para Porto Alegre, e, em 1892, foi nomeado Desembargador.

<sup>30</sup> ARAÚJO, José Francelino de. *A escola do Recife no Rio Grande do Sul: influência dos nordestinos na magistratura, no magistério e nas letras jurídicas do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Sagra; DC Luzzatto; Faculdade de Direito Ritter dos Reis; Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1996.

<sup>31</sup> *Relatório* com que o Exmo. Sr. Conselheiro Jerônimo Martiniano Figueira de Melo Presidente desta Província passou a administração da mesma ao Exmo. Sr. Dr. José Fernandes da Costa Pereira Júnior, no dia 11 de Julho de 1872. Porto Alegre, Tipografia do *Constitucional*, rua 7 de Setembro, 1872. "Administração da justiça [...] Depois que tomei conta da administração, foram nomeados juízes de direito para a comarca de São Borja o bacharel Bernardo Dias de Castro Sobrinho, para a de Piratini, o bacharel José de Araújo Brusque, e, para a de Bagé, o bacharel Lourenço Bezerra Cavalcanti de Albuquerque Lacerda, e vagaram os lugares de juízes de direito da 1ª vara desta capital por haver sido nomeado o bacharel Luiz José de Sampaio chefe de polícia desta província, e da comarca do Rio Grande, por ter sido removido a seu pedido o Dr. Sebastião Cardoso para a de Valença, a Província da Bahia" (AHRs).

<sup>32</sup> O Tribunal de Relação de Porto Alegre foi criado pelo Dec. nº. 2.342 de 1873 e extinto em 1892, mas, dez dias após sua extinção, o Tribunal foi reativado. Em



1893, a ocupar o cargo de Presidente desse Tribunal<sup>33</sup>, tendo sido o primeiro rio-grandense a obter a posição máxima dentro da Justiça no Rio Grande do Sul.

O segundo que mais se destacou na atuação em processos de tutela – decidindo em 10,82% dos casos – foi Antonio Marinho Loureiro Chaves, que se formou 30 anos depois que Bernardo Castro Sobrinho, na próxima São Paulo, em 1893. Era natural de Triunfo<sup>34</sup>, residia na cidade de Porto Alegre na Rua Jerônimo Coelho, número 2<sup>35</sup>, e ocupou vários cargos de destaque na administração estatal no período republicano, tendo sido Diretor Geral do Tesouro do Estado<sup>36</sup>, Procurador Fiscal e Secretário da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda, na administração dos Presidentes Antonio Augusto Borges de Medeiros<sup>37</sup> e Getúlio Vargas<sup>38</sup>.

---

1893, foi renomeado para Superior Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul; no ano de 1934, foi renomeado novamente como Corte de Apelação, em 1937, batizado como Tribunal de Apelação. Com a queda do Estado Novo de Getúlio Vargas, o Tribunal de Apelação passou a chamar-se Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, denominação até hoje utilizada. Sobre o tema, ver: FÉLIX, Loiva Otelo; *et al. Tribunal de Justiça do RS: 120 anos de história (1874-1999)*. Porto Alegre: Projeto Memória do Judiciário Gaúcho, 1999.

<sup>33</sup> FÉLIX, Loiva Otelo; *et al. Op. cit.*

<sup>34</sup> FRANCO, Sérgio da Costa. Gaúchos na Academia de Direito de São Paulo no século 19. *Revista Justiça & História*. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n.1 e 2, 2001.

<sup>35</sup> BRASIL. *Decreto nº 11.363, de 14 de novembro de 1914*. Concede autorização para funcionar á sociedade anonyma A Previsora, o approva, com alterações, os seus estatutos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 20/02/2015.

<sup>36</sup> *Relatório* apresentado ao Dr Octávio F. da Rocha, Secretário da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, pelo Diretor Geral do Thesouro do Estado Antônio Marinho Loureiro Chaves, Porto Alegre, 30 junho de 1914. Porto Alegre: A Federação, 1914. Relatório apresentado ao Exmo Sr Dr Antônio Marinho Loureiro Chaves Secretário de Estado da Fazenda pelo Diretor Geral do Thesouro do Estado Dr. Renato da Costa. Porto Alegre, 20 junho 1921. Porto Alegre: *A Federação*, 1921 (AHRs).

<sup>37</sup> *Almanak Administrativo, Mercantil e Industrial do Rio de Janeiro - 1891 a 1940*. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/>>. Acesso em: 20/02/2015.

<sup>38</sup> *Relatório* apresentado ao Exmo Sr Dr A. A. Borges de Medeiros, Presidente do Rio Grande do Sul, pelo Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda Dr Antônio Marinho Loureiro Chaves. Porto Alegre, 20 julho 1920. Porto Alegre: A Federação, 1920. Relatório apresentado ao Exmo Sr. Dr. A. A. Borges de Medeiros, Presidente do Rio Grande do Sul, pelo Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda Dr

O terceiro que mais se destacou foi Joaquim Tiburcio de Azevedo, que atuou em 8,66% do total de ações de tutela, no período entre 1860 e 1899. Formado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em 1891, logo conseguiu colocação como Juiz de Órfãos no ano de 1893, tendo atuado no Juízo dos Órfãos por mais três anos. Mas seguiu a vida acadêmica tornando-se lente catedrático – Professor de Direito Processual – na década de 1900, na recém-criada Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, ministrando a cadeira para os alunos de 5º ano do curso. Além disso, fazia parte da Comissão de Contas da instituição<sup>39</sup>.

Outro Juiz de Órfãos que atuou em 7,73% das ações de tutela foi Joaquim Birnfeld, oriundo dos bancos escolares de São Paulo e formado em 1885. Este permaneceu na função, primeiramente como substituto e, depois, como titular, entre 1881 e 1893, tendo sido, após, nomeado Juiz de Direito em Montenegro<sup>40</sup>.

O cargo de Juiz de Direito era pretendido por muitos na estrutura do Judiciário. O anseio por esse cargo advinha de que:

[O]s juízes municipais e de órfãos eram nomeados entre bacharéis com um ano de prática forense para períodos de quatro anos. Podiam então ser promovidos a juiz de direito, ou ser nomeados para outro quadriênio, ou mesmo abandonar a carreira, pois não tinham estabilidade. Já os juízes de direito possuíam estabilidade e só perdiam o cargo por processo legal, embora pudessem ser removidos de um lugar para outro. [...] O grau mais alto da carreira era o Supremo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujos membros tinham honras de ministros<sup>41</sup>.

A posição de Juiz de Direito outorgava àqueles que fossem instituídos como tal maior autonomia para arbitrar de acordo com suas convicções e interpretações próprias, segundo o *corpus* de leis, do que a que era concedida ao Juiz de Órfãos, uma vez que a

---

Antônio Marinho Loureiro Chaves. Porto Alegre, 1921. Porto Alegre: *A Federação*, 1921 (AHRs).

<sup>39</sup> *Almanak Administrativo, Mercantil e Industrial do Rio de Janeiro - 1891 a 1940*. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/>>. Acesso em: 21/02/2015.

<sup>40</sup> *Almanak Administrativo, Mercantil e Industrial do Rio de Janeiro - 1891 a 1940*. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/>>. Acesso em: 20/02/2015.

<sup>41</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Op. cit.*, p. 174-175.

permanência ou promoção destes estava atrelada à convergência das decisões aos princípios do Estado. Esse Juiz ainda fez parte da Comissão de Obras do Hospício São Pedro, indicado pelo Presidente da Província Carlos Thompson Flores<sup>42</sup>.

Fechando o quinteto daqueles que mais julgaram processos de tutela em Porto Alegre nos anos finais do século XIX, temos o Dr. José Joaquim de Andrade Neves Netto, que, embora também tenha colado grau em São Paulo no ano de 1893, um ano antes já atuava como Juiz de Órfãos Suplente do Substituto, ocupando o cargo de Juiz “titular” quando de seu retorno, tendo julgado 76 ações de tutela até o ano de 1896; foi ainda membro fundador da Academia Rio-Grandense de Letras<sup>43</sup>.

José Joaquim de Andrade Neves Netto vinha de uma família ilustre de militares do Rio Grande do Sul. Seu nome era uma homenagem ao seu avô José Joaquim de Andrade Neves, Barão do Triunfo e prestigiado militar, que, além de ter combatido na Revolução Farroupilha (ao lado dos imperiais), fez parte da Guarda Nacional, alcançando o posto de Major e Tenente-Coronel, tendo sido, dessa forma, um dos poucos militares que iniciaram carreira com baixa patente (alferes) e galgaram, por bravura e merecimento, a hierarquia militar. Por essa mesma bravura, foi para as fileiras do Exército. Foi ainda vereador e presidente da Câmara Municipal de Rio Pardo entre os anos de 1849 e 1860 e deputado provincial nas legislaturas de 1858/59 e 1862/63. Lutou ainda na Guerra do Paraguai, falecendo em Assunção no ano de 1869, por ferimento à bala, no palácio de Solano López. Tamanho foi seu legado que há, na cidade de Porto Alegre, duas ruas batizadas em sua homenagem: Rua Andrade Neves, no Centro da cidade, e a Rua Barão do Triunfo, no

---

<sup>42</sup> WADI, Yonissa Marmitt. *A história de Pierina: subjetividade, crime e loucura*. Uberlândia/MG: EDUFU, 2009. p. 68.

<sup>43</sup> Informação disponível no site da instituição em <<http://www.arl.org.br/>>. Acesso em: 23/02/2015. João Simões Lopes Neto dedica um de seus contos “A M’Boitatá para o amigo, escritor e advogado Andrade Neves Netto”, Simões Lopes Neto ainda é um dos maiores escritores do Rio Grande do Sul. Ver: LOPES NETO, João Simões. *Contos Gauchescos. Lendas do Sul*. Edição crítica por Aldyr Garcia Schlee. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. Escreveu, junto com Eliezer Abbott, um folheto: *Violas Gaúchas - Improvisos do Crioulo Sezefredo e do Caboclo Molina*, em prol da candidatura do Dr. Fernando Abbott para deputado federal. Santa Maria/RS: Tip. Progresso, 1906, 49 quadras.

bairro Menino Deus<sup>44</sup>.

Mas não foi só o avô do Juiz de Órfãos que foi sujeito notório na sociedade sulina: seu pai José Joaquim de Andrade Neves Filho também foi um militar e político destacado. Assim como seu pai (avô de Andrade Neves Netto), era natural de Rio Pardo e iniciou sua carreira militar como praça na cavalaria do exército no ano de 1857. Sete anos depois, deu início aos estudos como aluno da Escola Militar de Porto Alegre, lutou na Guerra do Paraguai e, ao final dela, retornou para o Rio Grande do Sul e filiou-se ao Partido Liberal, tendo sido eleito para a Assembleia Provincial<sup>45</sup>.

José Joaquim de Andrade Neves Netto, assim como o avô e o pai, nasceu também em Rio Pardo e pôde assentar-se no volume de capital legado por seu avô e pelo pai (assim como outros que ocuparam a cadeira de Juiz de Órfãos). Nesse caso, não estamos nos referindo ao capital em seu sentido essencialmente econômico, mas em suas significações em outras esferas da atuação. Segundo Pierre Bourdieu<sup>46</sup>, há quatro tipos de capitais: econômico, cultural, social e simbólico. Tais capitais possibilitariam ao agente, de acordo com o autor, o *vir a ser*, ou seja, a realização de aspirações a posições de destaque dentro de um campo constituído, como o do Judiciário.

O primeiro capital está relacionado com os diferentes meios

---

<sup>44</sup> FRANCO, Sérgio da Costa. ANDRADE NEVES, José Joaquim de. In:\_\_\_\_\_. *Dicionário político do Rio Grande do Sul (1821-1937)*. Porto Alegre: Suliani Letra & Vida, 2010, p. 24. FRANCO, Sérgio da Costa. ANDRADE NEVES, Rua General. In:\_\_\_\_\_. *Porto Alegre: guia histórico*. 4. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006, p. 33-34. Ver também: COSTA, Miguel Angelo Silva da. *Entre a "intolerância política" e a "sede ardente de mando": família, poder e facções no tempo dos cunhados José Joaquim de Andrade Neves e João Luis Gomes da Silva (1845-1870)*. Tese (Doutorado em História). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo,RS, 2011.

<sup>45</sup> ALEGRE, Aquiles Porto. *Homens Illustres do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria Selbach, 1917. As sessões da Assembleia Legislativa Provincial duravam apenas dois meses, às vezes, poderia haver prorrogações.

<sup>46</sup> BOURDIEU, Pierre. Os três estados do capital cultural. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). *Escritos de educação*. 13. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012, p. 71-89. BOURDIEU, Pierre. O capital social - notas provisórias. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). *Escritos de educação*. 13. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012, p. 65-69. BOURDIEU, Pierre. O capital simbólico. In:\_\_\_\_\_. *O senso prático*. Tradução de Maria Ferreira; Revisão da tradução, Odaci Luiz Coradini. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009, p. 187-202.

de produção (terra, fábrica etc.) e com o conjunto dos bens de caráter econômico (dinheiro, patrimônio etc.) que são acumulados, reproduzidos e ampliados diante das possíveis estratégias de investimento desse capital (assim como de outras relacionadas a outros capitais) que permitem a sua manutenção ou a ampliação. A falta desse capital econômico, por exemplo, representava, na época, um óbice aos que pretendiam ingressar no sistema de ensino, uma vez que as chances de indivíduos que não tivessem um destacado capital econômico diminuía, à medida que cresciam as possibilidades de ingresso no sistema de ensino daqueles que possuíam maior capital cultural e social – muitas vezes obtidos pelo econômico. Tal situação cultural e social provocou a reprodução de grupos elitistas<sup>47</sup>, dentre os quais os dos aspirantes a bacharéis gaúchos, cujas posses tornavam possível estudar e se manter na Província/Estado de São Paulo ou Pernambuco.

Já o volume do capital cultural permite verificar as desigualdades entre os educandos na circunscrição do desempenho na faculdade de direito, uma vez que este existe em três estados, a saber: incorporado, objetivado e institucionalizado. No incorporado, há o peso familiar e individual no organismo do agente, como a predileção de gostos, hábitos ou conhecimentos, um estado que é incorporado com o passar do tempo pela socialização, por meios dissimulados e inconscientes, algo que não pode ser transposto ou herdado, atuando com um capital simbólico (não é materializável, mas reconhecido), como, por exemplo, o domínio de um idioma estrangeiro. Esse capital está atrelado ao condicionamento do tempo livre para sua socialização, sendo assim, dependente da família, que pode ou não assegurar ao estudante o tempo livre das atividades de ganho para a dedicação, como no exemplo anterior, do estudo de uma segunda língua. O estado objetivado está relacionado com os bens culturais, como livros, pinturas etc., estando, assim, atrelado ao capital econômico, pois, no estado objetivado, o que importa é a posse do bem cultural, mas não devemos nos esquecer da

---

<sup>47</sup> Em estudo seminal, há a verificação empírica dessas afirmações, contrariando o imaginário de que há a existência de igualdade de oportunidades no sistema de ensino. Ver: BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 6. ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2013.

importância do conhecimento para compreender o livro ou a pintura; dessa forma, há a necessidade de estar habilitado nos códigos culturais, advindos do estado incorporado. O último estado - que é o mais “simples”, mas não o mais fácil de ser alcançado - é o estado institucionalizado, realizado por meio da posse do diploma da faculdade, que garante ao seu portador o acesso à “reversibilidade” da objetividade presente no certificado, ou seja, o conhecimento, prestígio (capital simbólico) e as possibilidades que o diploma traz atrelado a si.

O capital social é, como apontado anteriormente, integrado pelas redes de relações sociais, cujos recursos potenciais podem ser acessados pelo agente, de acordo com a posição que este ocupa nessa estrutura e com a quantidade e qualidade dos recursos advindos do grupo. Este é um dos capitais de destaque nas concepções de Pierre Bourdieu por apresentar as relações sociais que extrapolam a família, permitindo ao agente galgar posições dentro de uma estrutura ou sociedade.

Quanto ao capital simbólico, “... não é outra coisa senão o capital, qualquer que seja a sua espécie, quando percebido por um agente dotado de categorias de percepção resultantes da incorporação da estrutura da sua distribuição, quer dizer, quando conhecido e reconhecido como algo de óbvio”<sup>48</sup>, ou seja, é aquilo que definimos como prestígio ou honra e que permite identificar os agentes no espaço social.

Dessa forma, o capital legado por seus familiares colaborou para que José Joaquim de Andrade Neves Netto atingisse as posições de destaque que veio a conquistar tanto no Judiciário quando no meio social. Andrade Neves Netto permaneceu no Juízo dos Órfãos de Porto Alegre até 1896, pois, no ano seguinte, foi nomeado Auxiliar do Auditor de Guerra do 6º Distrito Militar, em Porto Alegre<sup>49</sup>, cargo do qual veio a pedir exoneração no mês seguinte ao

---

<sup>48</sup> BOURDIEU, Pierre. Espaço social e gênese das classes. In:\_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz (português de Portugal). 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 145.

<sup>49</sup> BRASIL. *Diário Oficial da União* 11/06/1897 - Pg. 5 - Seção 1. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 17/02/2015.

de sua nomeação<sup>50</sup>. Retornou ao Judiciário como Juiz da Provedoria<sup>51</sup>, função que ocupou por pouco tempo, por ter sido nomeado, em 1900, para o cargo, em nível Federal, de Procurador da República no Rio Grande do Sul<sup>52</sup>, colocação que desempenhou até Dezembro de 1903, quando foi exonerado<sup>53</sup>, deixando a capital em 1904 para fixar residência na cidade de Santa Maria até seu falecimento em 1923<sup>54</sup>. Teve ainda papel ativo na fundação da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre em 1900, tendo sido o responsável pela Comissão de Patrimônio da Faculdade<sup>55</sup>.

Possivelmente, o reconhecimento e o prestígio prestados pelo Estado e pela sociedade quanto a suas capacidades estiveram entrelaçados com sua forma de atuação em relação aos casos que a ele eram designados para julgar, ainda que, em algumas ações, tenha

---

<sup>50</sup> BRASIL. *Diário Oficial da União* 24/07/1897 - Pg. 4 - Seção 1. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 17/02/2015.

<sup>51</sup> Requerimento de Felipe Albino de Melo e Felizardo Antonio Correia, de 14/01/1896. Dizem que morreu em 14/11/1895, na casa na rua 3 de Novembro, n. 17, o padrinho deles, o preto africano Felipe Tubis: “sem descendentes ou ascendentes, pouco antes de morrer, quando já se achava de cama e gravemente enfermo, testou de viva voz em presença de testemunhas em número legal, em favor dos suplicantes, a quem deixou por únicos e universais herdeiros dos poucos bens que possuía”. 20/01/1896 - sala das audiências, Dr. José Joaquim de Andrade Neves Neto, Juiz da Provedoria, Plínio Alvim, procurador dos requerentes. *Cartório da Provedoria*, maço 74, Processo 2462, Porto Alegre. APERS. O cargo foi criado durante a regência do cardeal D. Henrique, em substituição ao Juízo dos Resíduos do hospital da cidade de Lisboa. Recebeu regimento em 06 de Dezembro de 1564 (Casa da Suplicação, 1 iv. 4 fl. 129 v), o qual foi alterado pelos alvarás de 16 de Março e de 15 de Dezembro de 1566 e foi publicado nas Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Leão. Ao juiz competia conhecer os testamentos, pedir contas aos testamenteiros, bem como conhecer das instituições de capelas, morgados, hospitais, albergarias e confrarias. Fonte: *Associação dos Amigos da Torre do Tombo*. Disponível em: <<http://www.aatt.org>>. Acesso em: 25/02/2015.

<sup>52</sup> BRASIL. *Diário Oficial da União* 21/08/1900 - Pg. 4 - Seção 1. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 17/02/2015.

<sup>53</sup> BRASIL. *Diário Oficial da União* 10/12/1903 - Pg. 2 - Seção 1. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 17/02/2015.

<sup>54</sup> Ver: FRANCO, Sérgio da Costa. Gaúchos na Academia de Direito de São Paulo no século 19. *Revista Justiça & História*. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n.1 e 2, 2001.

<sup>55</sup> LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Desembargador Carlos Thompson Flores: fundador da Faculdade de Direito de Porto Alegre. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre, Vol. 14, n. 47, p. 67-92, 2003.

arbitrado contra o determinado na letra da lei, mas segundo a nova ética do trabalho que o Estado e os grupos dirigentes estavam tentando implantar na população porto-alegrense do final do século XIX.

Tal situação pode ser constatada no processo de tutela (incluído numa ação de pobreza) da menor Irma Henriquetta Lucia Schliephake<sup>56</sup>, de apenas um ano e meio de idade, por meio do qual sua mãe, Belmira Carolina Schliephake, informava que ficara viúva de Frederico Schliephake, falecido em 1891, e procedera ao inventário dos bens deixados pelo finado marido. Ocorreu que, em 23 de novembro de 1895, esta acessaria novamente o Juízo dos Órfãos de Porto Alegre, na ocasião como Belmira Carolina Danner, informando que havia casado em segundas núpcias com o farmacêutico Eduardo Danner<sup>57</sup> e não poderia, segundo “*legislação em vigor*”, continuar com a guarda de sua filha Irma Henriquetta devido ao casamento realizado. Dessa forma, ela solicitava a “*exoneração*” de responsável por sua filha e solicitava ao Juiz de Órfãos do caso, Dr. José Joaquim de Andrade Neves Netto, a nomeação de um tutor para, na “*forma da lei, administrar a pessoa e insignificantes bens da menor*” e para tal encargo, indicava seu esposo, que, “*estabelecido nesta cidade com farmácia na Rua dos Voluntários da Pátria sob n.º. 51, está criando e educando a menor Irma como sua própria filha e quer adota-la como filha, o que será de muita vantagem para ela, que é mui pobre*”<sup>58</sup>.

Acrescentou, nessa ocasião, que não poderia prestar contas da tutoria por “*nunca ter tomado conta dos bens da menor e nada ter recebido*” destes; por fim, solicitava que a referida petição fosse juntada aos autos de inventário do falecido marido e fosse ouvido o Curador Geral de Órfãos sobre a adoção da pequena Irma Henriquetta, e que, se estivesse de acordo, fosse ordenada a expedição do documento. O Juiz de Órfãos acolheu o pedido em treze de dezembro de 1895, atribuindo a tutela da menor para Eduardo Danner. O que chama a atenção no processo é o fato de que

---

<sup>56</sup> RIO GRANDE DO SUL. Juízo Districtal da Vara de Orphãos de Porto Alegre. 2ª Vara. Autos de Pobreza. *Proc. nº 1106 de 1892*. [manuscrito]. Porto Alegre, 1892. Localização: APERS.

<sup>57</sup> Ver: LLOYD, Reginald; *et al. Impressões do Brazil no século vinte*. Londres/Rio de Janeiro: Lloyd's greater Britain publishing Company Limited, 1913.

<sup>58</sup> Destaque nosso.



a mulher viúva, caso se recasasse, perderia a responsabilidade sobre os filhos; mas, por que as mulheres não transferiam a responsabilidade legal de seus filhos para seu novo cônjuge, como no caso acima? Porque isso, segundo as *Ordenações Filipinas*, era proibido.

Na legislação base do Juízo dos Órfãos, consta serem inábeis para o cargo de tutor os menores de vinte e um anos, os loucos, os pródigos<sup>59</sup>, os que tivessem bens comuns com o menor, os que tivessem sido excluídos pelo pai em testamento, os falidos, os escravos, os religiosos, aqueles com impedimentos perpétuos<sup>60</sup> e os inimigos dos órfãos e, nesse último item, eram enquadrados os padrastos<sup>61</sup>, pois, segundo a orientação da normativa, se as mães que recasassem não poderiam ser tutoras dos seus filhos pela presumível diminuição do afeto para com eles, como os padrastos poderiam o ser?

Como vimos no caso acima, esse dispositivo legal não foi acionado nesse processo de tutela, não tendo sido nem mesmo mencionado pelo Juiz ou pelo Curador Geral de Órfãos, que apenas teria acolhido o pedido. Temos duas hipóteses para o sucesso da solicitação da mãe. A primeira advém da solicitação da mãe indicando o padrasto da menina para a adoção desta. Apesar de alguns historiadores afirmarem que somente tenha havido adoções informais antes do século XX nas sociedades portuguesa e brasileira<sup>62</sup>, havia, sim, adoções, mas estas não acarretavam um processo longo e demorado – como ocorre atualmente –, realizando-se por meio de um simples documento feito em cartório, em que eram reunidas três pessoas que comprovavam ser o adotante quem dizia ser e por meio do qual este se comprometia em cuidar do adotado, tudo isso na presença não de um juiz, mas, sim (e apenas), do escrivão do cartório. Não havia um procedimento acurado sobre os fatos, nem mesmo impedimentos, apenas um ato burocrático<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Gastadores.

<sup>60</sup> Doentes.

<sup>61</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Op. cit.*, liv. 4º, tit. 102 e liv. 1º, tit. 3.

<sup>62</sup> SÁ, Isabel dos Guimarães. *Op. cit.* MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

<sup>63</sup> Sobre a adoção no período colonial, recomendamos ver: MORENO, Alessandra Zorzetto. *Vivendo em lares alheios: acolhimento domiciliar, criação e adoção na cidade de São Paulo (1765-1822)*. Tese (Doutorado em História). Universidade

Sendo assim, o Juiz de Órfãos acolheu a solicitação da mãe, pois, de qualquer forma, o padrasto assumiria a responsabilidade sobre a menor, mas, com a tutela, a menina e - principalmente - a conduta do tutor seriam acompanhados pelo Juízo dos Órfãos.

A segunda hipótese para o sucesso no pleito reside em conhecer quem era Eduardo Danner. Ele foi educado na Alemanha, onde estudou química; em 1885, veio para a cidade de Porto Alegre e trabalhou como ajudante de farmácia; onze anos depois, assumiu a gerência do estabelecimento Schröder & Cia. (que possuía duas farmácias e uma filial de instrumentos cirúrgicos e dentários, além de artigos de fotografia e importação de drogas e medicamentos da Europa e Estados Unidos para a fabricação de preparados farmacêuticos e artigos de perfumaria), com sede na Rua Sete de Setembro, que era uma rua de negociantes alemães, número 108 e 110. Em 1898, veio a associar-se com João Baptista Everdosa (português, também farmacêutico, que desempenhou a função no Hospital Beneficência Portuguesa, em Porto Alegre, durante um ano; foi por nove anos sócio da Schröder & Cia. e, depois de cinco anos, trabalhou por conta própria até abrir nova sociedade) e fundou Ervedosa & Danner, no ano de 1908, estabelecimento de remédios por atacado com capital registrado de 80:000\$000 e estoque de produtos avaliados em 120:000\$000<sup>64</sup>.

Dessa forma, o Juiz de Órfãos Dr. José Joaquim de Andrade Neves Netto conseguia realizar dois objetivos da instituição: o primeiro era o de poder zelar pela menina pelo fato de Eduardo Danner ser tutor e, conseqüentemente, estar sob a supervisão da Justiça; segundo dizia respeito ao encaminhando de um órfão para alguém que fosse trabalhador, tivesse boa reputação e capital econômico para cuidar de um menor de idade e educá-lo.

Epaminondas Brasileiro Ferreira também foi Juiz de Órfãos e atuou em 43 ações de tutela (4,43% do total). Ele nasceu em São José do Norte, Província do Rio Grande do Sul, em 18 dezembro de

---

Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2007. Para uma comparação entre a tutela e a adoção, recomendamos ver: CARDOZO, José Carlos da Silva. O melhor para quem? O Juizado de Órfãos e discurso de valorização e proteção aos menores de idade no início do século XX. *Tempo e Argumento*, UDESC, v. 3, n. 2, p. 210 - 229, jul/dez, 2011.

<sup>64</sup> Ver: LLOYD, Reginald; *et al. Op. cit.*

1852, estudou em Recife, vindo a colar grau no ano de 1874. Atuou no Juízo dos Órfãos de Porto Alegre na década de 70 e, assim como Andrade Neves Netto, galgou posições dentro da estrutura do judiciário, chegando ao posto máximo dentro da instituição no Rio Grande do Sul.

Logo que retornou para a província sulina, ingressou no Judiciário ao ser nomeado Promotor Público em São Sebastião do Caí, no ano de 1876, ficando no cargo até 1878<sup>65</sup>, quando foi nomeado Juiz Substituto em Porto Alegre (atuou primeiramente como Juiz substituto da Provedoria de Capela e Resíduos<sup>66</sup> e, depois, como Juiz de Órfãos Substituto). No ano seguinte, foi exonerado do cargo a pedido<sup>67</sup>, mas, já em 1881, foi nomeado Juiz Municipal em

---

<sup>65</sup> *Fala* dirigida à Assembleia Legislativa da Província de São Pedro do Rio Grande do Sul pelo Presidente Dr. José Antônio de Azevedo Castro em a segunda sessão da 16ª legislatura. Porto Alegre, Tipografia do *Rio Grandense*, Rua Sete de Setembro n.º 45, 1876. PROMOTORES. Em 17 do mesmo mês nomeei o bacharel Epaminondas Brasileiro Ferreira para promotor da comarca de São João do Cahy; entrou em exercício a 31 do predito mês (AHRS).

<sup>66</sup> Nesse período, atuou como Juiz substituto da Provedoria de Capela e Resíduos. Ver: *Carta de alforria* de Adão, preto, senhor: Barbosa, Joaquim Jose Ferreira (finado), carta de 05/09/78, registrada em 06/09/78 - Porto Alegre, folha 065 - O alvará de liberdade foi concedido pelo Juiz substituto da Provedoria de Capela e Resíduos, Epaminondas Brasileiro Ferreira, mediante o pagamento, pelo escravo, de 400\$, preço de sua avaliação no inventário, conforme a Lei 2040 de 28-09-71, art. 4º, § 2º, e Artigos 52 e 56 do Regulamento de 13-11-72 (APERS). 1º Tabelionato de Porto Alegre, folha 25. *Carta de alforria* de Bernarda, preta, senhor: Oliveira, Francisco Inácio de (finado), 16/05/79 - 17/05/79, Porto Alegre, folha 123v - O Alvará de Liberdade foi concedido pelo Juiz da Provedoria de Capelas e Resíduos, Epaminondas Brasileiro Ferreira, mediante o pagamento, pela escrava, de 400\$, preço de sua avaliação do inventário de seu falecido senhor, conforme autoriza a Lei 2040 de 28-09-1871, artigo 4, § 2º e o Decreto 5135, artigo 90, § 2. 1º Tabelionato de Porto Alegre, folha 25 (APERS).

<sup>67</sup> *Relatório* com que o Exmo. Sr. Dr. Carlos Thompson Flores passou a administração da Província de São Pedro do Rio Grande do Sul ao 3º Vice-Presidente o Exmo. Sr. Dr. Antônio Correa de Oliveira, a 15 de Abril de 1880; este ao Exmo. Sr. Dr. Henrique d'Ávila a 19 do mesmo mês e Fala com que o último abriu a 2ª sessão da 18ª legislatura d'Assembleia Provincial no dia 1º de Maio de 1880. Porto Alegre, Tipografia *A Reforma* - Rua dos Andradas, n.º 271. 1880. [A.7.16] [3] PROVÍNCIA DE S. PEDRO DO RIO GRANDE DO SUL. Palácio do Governo em Porto Alegre, 15 de Abril de 1880. "Juizes Municipais. Por decretos de 25 de Outubro e 29 de Novembro foi exonerado a seu pedido o bacharel Epaminondas Brasileiro Ferreira do lugar de juiz substituto da 2ª vara cível da

São Jerônimo<sup>68</sup>. Entre 1891 e 1892, foi Juiz Municipal de Triunfo, tendo sido, no último ano, nomeado Desembargador Substituto e, dois anos depois, em 14 de novembro de 1894, Desembargador, vindo a ser eleito presidente do Tribunal de Justiça, em 1914<sup>69</sup>. Foi ainda um dos fundadores e eleito primeiro vice-diretor da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre<sup>70</sup>, onde também atuou como docente, ministrando a cadeira de “Teoria do processo civil, comercial e criminal” para os acadêmicos do 4º ano de curso<sup>71</sup>. Faleceu em vinte e sete de agosto de 1931.

Eram muitas as situações de tutela informal – que ocorre quando um adulto assume a responsabilidade por um menor de idade sem ter qualquer compromisso legal sobre este – com que se deparavam os magistrados. Mas, quando havia um “incidente” que rompesse o acordo informal, a Justiça era acionada para regular a questão, sendo, geralmente, a parte que se sentira prejudicada, ou em via de ser lesada em seu pretense direito, a tomar tal atitude.

Exemplo de tutela informal ocorreu com a menor Maria Silvina<sup>72</sup>, de onze anos de idade, quando Francisco José Ferreira Mendes solicitou a sua tutela. Este informou ao Juiz de Órfãos

---

comarca desta capital, e nomeado em substituição, o bacharel Plínio Alvim, sendo por decreto daquela última data removido, a seu pedido, o bacharel Miguel Antônio Dutra Filho, do lugar de juiz municipal e de órfãos do termo de São Jerônimo, para o de substituto da 1ª vara desta comarca" (AHRs).

<sup>68</sup> *Fala* com que o Exmo. Sr. Dr. Joaquim Pedro Soares, 2º Vice-Presidente da Província, abriu a 1ª sessão da 19ª legislatura da Assembleia Legislativa Provincial no dia 7 de Março de 1881, e Relatório com que lhe foi passada a administração pelo Exmo. Sr. Dr. Henrique d'Avila a 4 do mesmo mês. Porto Alegre, Tipografia A Reforma, Rua dos Andradas n. 271, 1881. "Juizes municipais [...] Por decretos de 14 de Junho e 12 de Julho, foram nomeados: o bacharel Antonio Fausto Neves de Souza juiz municipal e de órfãos do termo de Alegrete. O bacharel João Theophilo de Marsilac do Triunfo; O bacharel Epaminondas Brasileiro Ferreira do de São Jeronymo" (AHRs).

<sup>69</sup> FÉLIX, Loiva Otelo; *et al. Op. cit.*

<sup>70</sup> LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Desembargador Carlos Thompson Flores: fundador da Faculdade de Direito de Porto Alegre. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre, Vol. 14, n. 47, p. 67-92, 2003.

<sup>71</sup> Informação disponível em: <[http://www.ufrgs.br/direito/?page\\_id=247](http://www.ufrgs.br/direito/?page_id=247)>. Acesso em: 20/02/2015.

<sup>72</sup> RIO GRANDE DO SUL. Juízo Districtal da Vara de Orphãos de Porto Alegre. 2ª Vara. Tutoria. *Proc. n.º 480 de 1879*. [manuscrito]. Porto Alegre, 1879. Localização: APERS.

Dr. Epaminondas Brasileiro Ferreira que a menor, filha de Maria de Tal e órfã de pai, lhe havia sido entregue pela sua irmã, de nome Valentina, em 1º de janeiro de 1876, quando a menina tinha 8 anos de idade, para que a educasse e cuidasse dela. Francisco José afirmou ainda que a considerava, desde a data em que recebera a menina, *“como se fosse minha própria filha”*, uma vez que a mãe *“por seu estado de pobreza o não pode fazer”*.

Mas, justamente o motivo que o levava a ingressar com um processo de tutela no Juízo dos Órfãos de Porto Alegre devia-se ao interesse da mãe em *“querer tirá-la”* de sua companhia para lhe *“infelicitar”* a vida, *“visto que vive esta a expressas da caridade pública, sem recursos para sua manutenção”*; assim, solicitou a tutela de Maria Silvina com o objetivo de continuar com a *“missão”* de cuidar da menor e *“para jamais sua mãe, ainda que queira fazer, em tempo algum ter domínio sobre ela nem tirá-la de seu poder, visto que a mãe não se acha na condição de poder dar-lhe o ser, e no futuro vê-la amparada”*. O pedido de tutela foi deferido dois dias depois da abertura do caso, e o termo, lavrado na residência do Juiz.

É interessante verificar nos processos de tutela que com o aumento da demanda aos Juízes de Órfãos, há um crescente grau de profissionalização na análise das ações que a eles eram entregues; não que não houvesse antes, mas, a partir da década de 80, o local em que eram ouvidas as partes, as testemunhas, o Curador Geral de Órfãos, assinados os termos etc., havia mudado da casa do Juiz para a Sala das Audiências, localizada na Intendência/Prefeitura Municipal, o que outorgava um maior grau de impessoalidade aos magistrados, que antes administravam quase tudo da sala ou do escritório de suas residências.

Dionísio de Oliveira Silvério Júnior, também Juiz de Órfãos, atuou em 31 ações de tutela abertas na cidade de Porto Alegre, entre 1867 e 1875. Era formado em Direito pela Faculdade do Largo de São Francisco, em São Paulo<sup>73</sup>, e filho de Maria Sofia de Silva Freire Silvério e do médico Dionísio de Oliveira Silvério, que havia doado o terreno para a construção do Hospital da Beneficência Portuguesa

---

<sup>73</sup> Informação disponível em:  
<<http://www.arcadas.org.br/>>. Acesso em: 23/02/2015.

na cidade, em 1867<sup>74</sup>. E, assim como os outros Juizes de Órfãos apresentados, foi nomeado Juiz de Direto em Porto Alegre<sup>75</sup>.

Anteriormente, já teríamos referido que o cargo de Juiz de Órfãos era algo desejado pelos egressos da faculdade de direito, devido ao capital econômico (e conseqüente capital social e simbólico) que a eles era confiado por meio dos depósitos do Cofre dos Órfãos, mas o prestígio do cargo não se devia somente a esse fator. A nomeação para Juiz de Direito estava assentada, durante o Império, nas mãos de D. Pedro II, que avaliava e decidia quais dentre aqueles maiores de vinte e dois anos, formados em Direito e que tivessem exercido um ano de prática forense receberiam tal responsabilidade<sup>76</sup>. Com a promulgação da Reforma do Processo Criminal, em 1841, houve maior delimitação quanto aos requisitos a ser exigidos daqueles que pretendessem ser nomeados para exercer o cargo de Juiz de Direito (artigo 24):

[O]s Juizes de Direito serão nomeados pelo Imperador d'entre os Cidadãos habilitados, na forma da lei do art. 44 do Código do Processo; e quando tiverem decorrido quatro anos de execução desta Lei, só poderão ser nomeados Juizes de Direito aqueles que tiverem servido com distinção os cargos de Juizes Municipais, ou de Órfãos, e Promotores Públicos, ao menos por um quadriênio completo<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> FRANCO, Sérgio da Costa. *Beneficência Portuguesa*. In: \_\_\_\_\_. *Porto Alegre: guia histórico*. 4. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006, p. 65.

<sup>75</sup> No inverno de 1873, na noite de 8 de julho, o soldado Manoel José Valentim entrou no estabelecimento comercial de Johann Peter Nicolau Licht e, embriagado, pediu que lhe servisse bebida e que pagaria depois. Iniciou-se então uma discussão entre o freguês e o proprietário, sobre o pagamento devido. O soldado, após discutir com o proprietário, fez menção de pular o balcão e agredi-lo fisicamente. Foi quando este apanhou uma arma sob o balcão e atirou, ferindo o agressor. Assim, Johann Peter Nicolau Licht foi indiciado no Processo Crime número 1.235, mas, ao final das investigações, em 4 de novembro de 1873, o Juiz de Direito Dionísio de Oliveira Silvério Júnior, considerou improcedente o processo sumário, inocentando o indiciado por considerar que o ato tinha sido praticado em legítima defesa. Cartório do Júri. *Sumários*. Maço 43. Processo Crime nº 1235. Porto Alegre (APERS).

<sup>76</sup> NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil: crônica dos tempos coloniais*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

<sup>77</sup> BRASIL. *Reformando o Código do Processo Criminal*. Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 01/12/2014.

Dessa forma, ser um Juiz de Órfãos era uma etapa quase “obrigatória” para aqueles que pretendiam fazer carreira dentro do Judiciário, ainda mais que, com o Decreto nº 559, de 28 de Junho de 1850<sup>78</sup>, ocorreu a divisão das comarcas do Império em três entrâncias<sup>79</sup> e, com essa separação territorial e de importância, os Juizes de Direito passariam a ser sempre nomeados da menor para a maior entrância, quando, por lista de antiguidade, poderiam ser nomeados Desembargadores e, por fim, para o Supremo Tribunal de Justiça, na Corte do Rio de Janeiro<sup>80</sup>, ganhando maior estabilidade e prestígio na estrutura organizacional tanto do Judiciário quanto do Estado.

O Juiz de Órfãos Aurélio Viríssimo de Bittencourt Júnior estava a construir tal trajetória. Aurélio Júnior nasceu em Porto Alegre no dia 28 de fevereiro de 1874, filho de Joana Joaquina do Nascimento e de Aurélio Viríssimo de Bittencourt<sup>81</sup>. Aurélio Júnior

---

<sup>78</sup> BRASIL. *Decreto nº 559, de 28 de Junho de 1850*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: 20/02/2015.

<sup>79</sup> O significado de Entrância, segundo o dicionário jurídico, é o “Grau hierárquico; ex.: alguns Estados do Brasil são divididos, para fins de organização da Justiça, em circunscrições territoriais de diferentes importâncias, as quais se denominam Entrâncias...”. MAGALHÃES, Humberto Piragibe; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Dicionário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1997, p. 351.

<sup>80</sup> SODRÉ, Elaine. *“Mando vir (...) debaixo de vara, as testemunhas residentes nessa comarca (...)”*: História do Tribunal da Relação de Porto Alegre, 1874-1889. Dissertação (Mestrado em História), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

<sup>81</sup> Aurélio Viríssimo de Bittencourt e Joana Joaquina do Nascimento casaram-se às 20 horas de 26 de dezembro de 1868, na Igreja do Rosário, em Porto Alegre (templo principal da devoção católica da população negra na cidade). Ela era filha natural de Joaquim Manuel do Nascimento e Maria Madalena da Conceição. Joana Nascimento faleceu em 15 de agosto de 1894, de insuficiência aórtica, com 47 anos de idade, registrada no assento de óbito como parda. Teve 4 filhos da relação com Aurélio Bittencourt: Aurélio Viríssimo de Bittencourt Júnior, Sérgio Aurélio de Bittencourt, Olímpia Augusta de Bittencourt e Adelina Lydia de Bittencourt. Ver: MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. Fragmentos de um enredo: nascimento, primeiras letras e outras vivências de uma criança parda numa vila fronteiriça (Aurélio Viríssimo de Bittencourt/Jaguarão, século XIX). In: PAIVA, Eduardo França; *et al.* (Orgs.). *Escravidão, mestiçagens, populações e identidades culturais*. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte/MG: PPGH UFMG; Vitória da Conquista/BA: Edições UESB, 2010, p. 115-138. MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. Um negro de clara sorte na terra e límpida estrela no céu: Inserções profissionais e associativas de um pardo nos oitocentos. In: SCHMIDT, Benito (Org.). *Trabalho, justiça e direitos no*

não era filho de um “qualquer”, mas, sim, do Coronel da Guarda Nacional Aurélio, que havia sido secretário pessoal (Chefe de Gabinete) de Júlio Prates de Castilhos e Borges de Medeiros quando esses administraram o Estado do Rio Grande do Sul como presidentes.

O historiador Paulo Moreira<sup>82</sup> apresenta que Aurélio Vírissimo de Bittencourt nasceu em Jaguarão, em 1º de Outubro de 1849, extremo sul do Rio Grande do Sul, município fronteiro ao Uruguai; era pardo e filho de uma parda, de nome Maria Júlia da Silva, e de um Oficial da Marinha, Hypólito Simas de Bittencourt, tendo sido batizado como “exposto” e filho de “pais não conhecidos”; tinha vivido com a mãe até seus “10 ou 12 anos” de idade e, por solicitação de seu pai, foi morar com ele na capital, com o objetivo de estudar no Seminário São Feliciano. Trabalhou desde os quinze anos na área tipográfica, primeiramente no jornal O Mercantil e depois no Jornal do Comércio, percorrendo toda a estrutura funcional: tipógrafo, compositor, remessista, revisor, noticiário, redator e proprietário<sup>83</sup>. Tal escolha profissional não era casualidade, uma vez que:

[C]onsideramos importante esta inserção de Bittencourt no espaço da tipografia, aqui pensado como um campo amplo de integração entre a impressão, a atividade jornalística, a literatura e a militância abolicionista. Configura-se este espaço como um ponto nodal na construção das redes profissionais e afetivas que embasaram suas estratégias de ascensão, socializando-o e integrando-o no seio da jovem intelectualidade provincial. A tipografia, conforme já escreveram alguns historiadores, deve ser vista como um espaço público propício à circulação de ideias<sup>84</sup>.

Aurélio, antes de ser Chefe de Gabinete, havia adentrado a burocracia Estatal, por meio de concurso público, para o cargo de

---

*Brasil: Pesquisa histórica e preservação das fontes.* São Leopoldo/RS: Oikos Editora, 2010, p. 71-89.

<sup>82</sup> MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. O Aurélio era preto: trabalho, associativismo e capital relacional na trajetória de um homem pardo no Brasil Imperial e Republicano. *Estudos Ibero-Americanos*, PUCRS, v.40, p. 85-127, 2014.

<sup>83</sup> MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>84</sup> MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. *Ibidem*.



amanuense da Secretaria de Governo (pessoa que copiava documentos; para tanto, deveria ter letra legível, conhecimento de português e francês, aritmética e proporções, assim como de geografia do país e da província). Dessa forma, ele ascendeu aos cargos dentro da burocracia estatal até chegar à sua última posição:

[...] Aurélio foi provido na burocracia rio-grandense como amanuense da Secretaria de Governo, permanecendo neste cargo até 18714. Em 23.08.1871 foi promovido para 2º oficial e em 03.01.1876 para 1º. Entre os anos de 1877 a 1880 e 1885 a 1886 atuou como Oficial de Gabinete da Secretaria de Governo, assumindo a diretoria da 4ª seção em 15.12.1877 (1877/1878) e da 2ª em 01.07.1878 (1879/1885). Daí até 1892 não encontramos registros de promoções, mas quando em 17 de junho de 1892, os republicanos deram entrada no Palácio do Governo, com Júlio de Castilhos à frente, o primeiro ato deste foi chamar Aurélio de Bittencourt e, juntamente com o vice-presidente Victorino Monteiro, encerraram-se no gabinete da Presidência<sup>85</sup>.

Feitas essas considerações iniciais sobre o pai do Juiz de Órfãos, que, como vimos, foi um agente cujo considerável volume global de capital o colocava como centro de muitas questões envolvendo a administração do governo da Província/Estado do Rio Grande do Sul, voltemos a Aurélio Júnior, que iniciou seus estudos em São Leopoldo no Ginásio Nossa Senhora da Conceição (internato jesuíta), realizando os preparatórios para o ingresso na faculdade de direito na cidade de Porto Alegre.

Ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo, colando grau em 1895. No ano seguinte ao da formatura, foi nomeado Promotor em São Leopoldo e, já em 1897, nomeado Juiz Municipal em Porto Alegre, mas, ainda nesse mesmo ano, foi nomeado para ocupar o cargo de Juiz de Comarca em Pelotas, cargo que não exerceria por muito tempo, pois, já em 1898, o encontramos novamente em Porto Alegre como Juiz de Órfãos. Nesse cargo, ele foi responsável por 31 ações de tutela (3,20%), no período de nosso estudo, até sua morte prematura em 30 de julho de 1910, com apenas 36 anos de idade, tendo sido um dos três Juízes de Órfãos que mais

---

<sup>85</sup> MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. *Op. cit.*, p. 112-113.

atuaram em processos de tutela na cidade de Porto Alegre entre os anos finais do século XIX e iniciais do XX<sup>86</sup>.

Aurélio Júnior participou ainda das reuniões preparatórias para fundação da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, fez parte do grupo que fundou a Academia Rio-grandense de Letras, era poeta e humorista utilizando os pseudônimos de Delmar de Castro, Hélio Jonuir-Vidoski e Áureo Nojuir em seus escritos e, por fim, foi fundador do jornal “O Exemplo”, pelo qual condenava os preconceitos de cor<sup>87</sup>.

Devido à sua morte prematura, esse Juiz não conseguiu atingir todo o potencial dentro da hierarquia do Judiciário que o capital de seu pai poderia lhe proporcionar; mesmo assim, conseguiu, em pouco tempo, ser Promotor Público, Juiz de Comarca e Juiz de Órfãos. Mas, com seu filho Dario de Bittencourt foi diferente.

O Coronel Aurélio, com a morte do filho Aurélio Júnior, solicitou ao Juiz de Órfãos a tutela do neto Dario de Bittencourt<sup>88</sup>, nascido a 07 de fevereiro de 1901, pois a mãe do menino, Maria da Glória Quilião de Bittencourt, e Aurélio Júnior haviam se divorciado em 1906, quando ele tinha cinco anos, e o pequeno havia ficado “*em poder e sob a administração paterna*”. A tutela foi deferida no mesmo dia da abertura.

Quando Dario atingiu a idade de 19 anos, já não tinha mais seu avô como tutor, pois este havia falecido em 23 de agosto de 1919, e sim seu tio Theophilo A. de Campos. Dario deu entrada a um

---

<sup>86</sup> CARDOZO, José Carlos da Silva. *Enredos tutelares: o Juízo dos Órfãos e a atenção à criança e à família porto-alegrense no início do século XX*. São Leopoldo/RS: Oikos, Editora UNISINOS, 2013

<sup>87</sup> Ver: FRANCO, Sérgio da Costa. Gaúchos na Academia de Direito de São Paulo no século 19. *Revista Justiça & História*. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n.1 e 2, 2001. GRIJÓ, Luiz Alberto. *Ensino jurídico e política partidária no Brasil: a Faculdade de Direito de Porto Alegre (1900-1937)*. Tese (Doutorado em História), Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2005. Ver também: SANTOS, José Antonio dos. *Prisioneiros da história: trajetórias intelectuais na imprensa negra meridional*. Tese (Doutorado em História). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2011.

<sup>88</sup> RIO GRANDE DO SUL. Juízo Districtal da Vara de Orphãos de Porto Alegre. 3ª Vara. Tutelas. *Proc. nº 585 de 1910*. [manuscrito]. Porto Alegre, 1910. Localização: APERS.

processo de emancipação e, após exame para averiguação de suas capacidades, teve seu pedido deferido pela Justiça<sup>89</sup>. Dario de Bittencourt escolheu a mesma profissão do pai e se formou em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito de Porto Alegre, vindo a ser cátedra de Direito Internacional Privado na então Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, instituição que encampou a antiga Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre<sup>90</sup>.

Outro que teve influência na administração estadual foi o Dr. Plínio Alvim, que arbitrou como Juiz de Órfãos Substituto em 34 ações de tutela, entre os anos de 1880 e 1881. Alvim formou-se em 1877, em São Paulo, foi Juiz de Órfãos entre 1880 e 1881, foi secretário de governo em 1884<sup>91</sup>; já, em 1892, foi nomeado Juiz de Direito em Porto Alegre<sup>92</sup>, tendo participado ainda da fundação da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre<sup>93</sup>, na qual foi catedrático, lecionando para os acadêmicos do 2º ano de Direito<sup>94</sup>. Ele havia sido senhor de escravos<sup>95</sup>, tendo mantido comunicação constante com Júlio de Castilhos, presidente do Estado do Rio Grande do Sul, devido a sua função de secretário de governo no final da década de 90<sup>96</sup>.

O Juízo dos Órfãos era uma instituição que procurava estar atenta a todas as ações dos membros da sociedade para, assim, poder ter maior capacidade de acerto no momento de indicar alguém com responsabilidade, que tivesse renda regular, por meio do trabalho, e boa conduta social para o cargo de tutor de um menor de idade. Além disso, as ações de tutela não eram muito demoradas em sua

---

<sup>89</sup> RIO GRANDE DO SUL. Juízo Districtal da Vara de Orphãos de Porto Alegre. 3ª Vara. Exame de Sanidade. *Proc. n.º 768 de 1920*. [manuscrito]. Porto Alegre, 1920. Localização: APERS.

<sup>90</sup> BARRERAS, Maria José Lanziotti. *Dario de Bittencourt (1901-1974): uma incursão pela cultura política autoritária gaúcha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

<sup>91</sup> *Livro de assuntos diversos no. 11*. 1888 (AHPAMV).

<sup>92</sup> FRANCO, Sérgio da Costa. *Op. cit.*

<sup>93</sup> LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. *Op. cit.*

<sup>94</sup> *Almanak Administrativo, Mercantil e Industrial do Rio de Janeiro - 1891 a 1940*. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/>>. Acesso em: 22/02/2015.

<sup>95</sup> *Jornal Mercantil*, anúncio de 20/12/1882, prisão de Elideo (crioulo). Pedido de seu Sr., senhor: Alvim, Plínio (MCHJC).

<sup>96</sup> *Arquivo Particular Julio de Castilhos* (AHRs). Especialmente as correspondências datadas de 16/12/1896; 27/12/1896; 15/01/1897 e 23/01/1897.

conclusão, uma vez que havia a necessidade de o menor receber um responsável legal em até trinta dias.

Tal situação ocorreu no processo de tutela julgado pelo Dr. Plínio Alvim, que contou com a colaboração do Escrivão de Órfãos Antonio Rodrigues Dorneles na nomeação de tutor para o menor Júlio<sup>97</sup>. A mãe do menor, Luiza Schmitt, havia entrado com uma ação na 2ª vara do Juízo Distrital de Órfãos de Porto Alegre, solicitando um tutor para seu filho, por ela “*não o poder ter em sua companhia por viver alugada*” e como era “*competência de V. S. dar tutor aos menores que não tem pai*”, ela solicitava um tutor para seu pequeno. O processo havia dado entrada no dia 30 de julho (sexta-feira) e, no dia 02 de agosto (segunda-feira), o Juiz pedia para o escrivão a indicação de um nome para o cargo tendo este indicado Adolpho Jaeger, nome que foi encaminhado ao Curador Geral de Órfãos Dr. Affonso Pereira, que, no mesmo dia, escreveu “*não tenho nada a opor*”. Os autos foram entregues ao Juiz de Órfãos, que ordenou o comparecimento do indicado para prestar o Juramento de Tutor, responsabilizando-se pelo menor em seu abrigo, alimentação e educação. Assim, em menos de um dia, a tutela já foi atribuída e assinado o termo de responsabilidade sobre o menor Júlio.

A rapidez com que se dera a tutela possivelmente estivesse ligada ao nome indicado para o cargo de tutor. Jaeger era natural de Novo Hamburgo e iniciou sua atividade laboral na produção de arames da família. Seu pai foi o primeiro professor de português da cidade, de colonização alemã. Em 1908, começou a trabalhar com curtume com seu cunhado José João Martins, tendo se tornado sócio deste posteriormente. Já, em 1923, criou a A. Jaeger & Cia., uma das maiores indústrias de curtume da cidade. Morreu em Porto Alegre, no ano de 1949, mas deixou marcas profundas em Novo Hamburgo, tendo atualmente uma praça e uma rua com seu nome.

Arsenio Gonçalves Marques formou-se em 1869, também na Faculdade de Direito de São Paulo, e atuou como Juiz de Órfãos Substituto entre os anos de 1875 e 1877, tendo decidido em 34 ações de tutela. Antes de ingressar no Juízo dos Órfãos, havia sido

---

<sup>97</sup> RIO GRANDE DO SUL. Juízo Districtal da Vara de Orphãos de Porto Alegre. 2ª Vara. Tutoria. *Proc. n° 982 de 1880*. [manuscrito]. Porto Alegre, 1880. Localização: APERS.

Promotor Público<sup>98</sup>, em 1871, e Juiz Substituto do Juiz de Provedoria<sup>99</sup>, em 1875; ao terminar sua atividade no Juizado de Órfãos de Porto Alegre, apareceu, em 1882, como escrivão da Mesa da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre<sup>100</sup>. Depois disso, não conseguimos localizá-lo em Porto Alegre ou no restante da Província/Estado. Arsenio mudara-se para Curitiba, no Paraná, e entrara, em 1890, com um requerimento junto ao governo daquele Estado para prover o abastecimento de água potável daquela cidade<sup>101</sup>.

Augusto Cesar de Pádua Fleury atuou como Juiz de Órfãos sobre 16 processos de tutela (1,65%) entre os anos de 1864 e 1867. Fleury era natural de Mato Grosso, filho de uma tradicional família de políticos, militares e magistrados<sup>102</sup>; colou grau em Direito no ano

---

<sup>98</sup> *Relatório* com que o Exmo. Sr. 1º Vice-Presidente da Província Coronel João Simões Lopes passou a administração da mesma ao 2º Exmo. Sr. Dr. João Dias de Castro, no dia 12 de Setembro de 1871. Porto Alegre. *Tipografia do Rio-Grandense*, Praça da Alfândega, nº 4, 1871. "Administração da Justiça. A seu pedido, foi exonerado o Bacharel Carlos Thompson Flores do cargo de Promotor Público junto à 1ª vara crime da comarca desta capital, e nomeado para o substituir o Bacharel Arsênio Gonçalves Marques, em 25 de Julho findo" (AHRs).

<sup>99</sup> Testamento. Testador: Antonio Jose de Moraes, Testamenteiro: Rita de Figueiredo Pinto Viégas. Termo de abertura. "Aos vinte dias do mês de Julho do ano de mil oitocentos setenta e cinco, nesta cidade de Porto Alegre, em casa da residência do Doutor Arsênio Gonçalves Marques, juiz substituto do juiz de Direito Provedor de Capelas e Resíduos, onde em decisão fui vindo, ali compareceu o senhor Francisco Pacheco de Assis, e por ele foi apresentado ao mesmo Juiz [f 6v] o testamento com que faleceu o Doutor Antônio José de Moraes; o qual sendo aberto por ele juiz, e achando-o conforme e regular, pôs nele o seu cumpra-se, mandando que fosse registrado e arquivado, depois de apresentado na mesa de Renda Provinciais". *Cartório de Provedoria*, Testamento, Ano 1875, Maço 69, Auto 1903, Porto Alegre (APERS).

<sup>100</sup> TOMASCHEWSKI, Cláudia. *Entre o Estado, o Mercado e a Dádiva: A distribuição da assistência a partir das irmandades da Santa Casa de Misericórdia nas cidades de Pelotas e Porto Alegre, Brasil, c. 1847 - c. 1891*. Tese (Doutorado em História), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 192 (nota 446).

<sup>101</sup> *A República - 1888 a 1930*. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/>>. Acesso em: 26/02/2015.

<sup>102</sup> Seu parente mais famoso era André Augusto de Pádua Fleury, "nascido em Cuyabá, a 8 de Abril de 1830, casou-se, no Rio de Janeiro, com D. Paulina Euphrosina Faro Fleury. Formado em Direito pela Faculdade de S. Paulo, exerceu elevados cargos no antigo regime, começando pela secretaria de Estado dos

de 1860, em São Paulo e casou-se com Maria Gertrudes Alves Ribeiro, filha do Barão de Poconé/MT. Foi Juiz de Órfãos em Porto Alegre até 1868, quando foi exonerado a pedido<sup>103</sup> e regressou para sua província natal; lá, foi deputado na Corte pela Província de Mato Grosso, entre os anos de 1881 e 1885<sup>104</sup>; depois, deixou o Judiciário e seguiu carreira diplomática. Falecendo em Paris, deixando três filhas<sup>105</sup>.

Outro Juiz de Órfãos em Porto Alegre que seguiu carreira legislativa foi Antonio Correa de Oliveira, formado em Direito pela Faculdade de São Paulo no ano de 1863, tendo arbitrado em 11 ações de tutela, entre os anos de 1865 e 1876. Foi eleito deputado e atuou como presidente da Assembleia Provincial no período de 10 de março a 09 de maio de 1879, na 18ª/19ª legislatura; de 29 de março a 27 de maio de 1882, na 20ª legislatura; como vice-presidente: de 08 de maio a 07 de julho de 1880, na 19ª legislatura; de 07 de março a 20 de maio de 1881, na 20ª legislatura<sup>106</sup>. Chegou a ocupar o posto de Presidente da Província do Rio Grande do Sul no mandato de Carlos Thompson Flores, de 15 a 19 de abril de 1880, pois era o 3º vice-presidente<sup>107</sup>.

Seguir carreira na política era parte do horizonte de possibilidades para os bacharéis em direito formados em território brasileiro, como os estudos de José Murilo de Carvalho, em nível

---

negócios da Justiça, onde serviu muitos anos, aposentando-se como Diretor Geral. Presidiu as Províncias de Santa Catarina e do Ceará (1878 e 1879); foi representante da de Goiás, na 18ª legislatura, tendo feito parte, como ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, do gabinete Paranaguá de 3 de Julho de 1882; foi ainda Diretor da Faculdade de Direito de S. Paulo, (1883-1890), Presidente da Comp. Brasil Industrial e membro do Conselho do Imperador” Ver: MESQUITA, José de. O Capitão-mor André Gaudie Leye a sua descendência (Ensaio de reconstituição histórico-genealógica). *Rev. do IHMT*. Ano IV. Tomo VIII, 1922. Disponível em: <<http://jmesquita.brtdata.com.br/>>. Acesso em: 15/02/2015.

<sup>103</sup> *Diário do Povo*, 26 de agosto de 1868. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/>>. Acesso em: 15/02/2015.

<sup>104</sup> Informação disponível em: <<http://mteseusmunicipios.com.br/>> Acesso em: 26/02/2015.

<sup>105</sup> MESQUITA, José de. *Op. cit.*

<sup>106</sup> Informação disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/>>. Acesso em: 27/02/2015.

<sup>107</sup> *Relatório* com que o Exm. Sr. Dr. Antonio Corrêa de Oliveira, 3º vice-presidente, passou a administração da Província de S. Pedro do Rio Grande do Sul ao Exm. Sr. Dr. Henrique d'Avila no dia 19 de abril de 1880 (AHRS).

nacional, e o de Jonas Moreira Vargas, em nível regional, demonstraram<sup>108</sup>. Era objetivo das novas faculdades formarem novos quadros para a magistratura, burocracia e política da sociedade brasileira, e os seus egressos estavam aproveitando a oportunidade que o capital social e simbólico do título que os cargos lhes traziam.

Essa carreira também foi escolhida pelo Juiz de Órfãos Antonio Pereira Prestes, que foi o primeiro Suplente em exercício do Juizado de Órfãos de Porto Alegre, entre 1860 e 1864, atuando, assim como Antonio Correa de Oliveira, em 8 processos de tutela. Era natural do Rio Grande do Sul e formou-se na Faculdade de Direito de Olinda/PE, na turma de 1848. Foi militante no Partido Conservador, tendo conseguido se eleger como deputado para a Assembleia Provincial nas seguintes legislaturas: 1856/57, 1869/1870 e 1871/72. Foi pai do político e professor da Faculdade de Direito de São Paulo Severino de Freitas Prestes<sup>109</sup>. Caminho profissional escolhido também por Serafim dos Anjos França e Fausto de Freitas e Castro; ambos atuaram em apenas uma solicitação de tutela e, depois, seguiram a carreira política, tendo o primeiro sido deputado provincial<sup>110</sup> e o outro, líder do Partido Conservador, alcançado o posto de Vice-Presidente da Província do Rio Grande do Sul<sup>111</sup>.

Tal situação diferiria da do Juiz de Órfãos José de Araújo Brusque, que se formara em Direito pela Faculdade de São Paulo em

---

<sup>108</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Op. cit.* VARGAS, Jonas Moreira. *Entre a paróquia e a corte: os mediadores e as estratégias familiares da elite política do Rio Grande do Sul (1850-1889)*. Santa Maria/RS, 2010.

<sup>109</sup> FRANCO, Sérgio da Costa. PRESTES, Antônio Pereira. In: \_\_\_\_\_. *Dicionário político do Rio Grande do Sul (1821-1937)*. Porto Alegre: Suliani Letra & Vida, 2010, p. 167.

<sup>110</sup> FRANCO, Sérgio da Costa. Gaúchos na Academia de Direito de São Paulo no século 19. *Revista Justiça & História*. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n.1 e 2, 2001. Informação disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/>>. Acesso em: 27/02/2015.

<sup>111</sup> Foi também primeiro diretor da Biblioteca Pública de Porto Alegre, Deputado Provincial e assumiu a Presidência da Província interinamente, de 31 de dezembro de 1886 a 24 de janeiro de 1887. *Relatório* apresentado a S. Exc. o Sr. Conselheiro Bento Luiz de Oliveira Lisboa, Presidente da Província do Rio Grande do Sul, pelo Exm. Sr. Dr. Fausto de Freitas e Castro, 1º Vice-Presidente, ao passar a administração aos 25 dias do mez de Janeiro de 1887. Porto Alegre, Oficinas Typographicas do *Conservador*, 1887 (AHRs).

1850 e que atuara sobre 14 processos de tutela, tendo sido eleito deputado provincial durante as legislaturas de 1856/57, 1871/72 e 1888/89<sup>112</sup>, mas sem abdicar da carreira no Judiciário uma vez que, naquele período, não havia a necessidade de dedicação exclusiva, o que levou muitos membros do Judiciário a desempenhar ambas as funções<sup>113</sup>.

Araújo Brusque iniciou sua carreira como Procurador Fiscal<sup>114</sup>, em 1854; foi Juiz da Comarca de Caçapava, em 1866<sup>115</sup>, Chefe de Polícia em Porto Alegre, Juiz de Direito em Piratini, em 1872<sup>116</sup>, e, em 1876, foi nomeado para o Tribunal de Relação como Desembargador Honorário<sup>117</sup>, cargo que ocupou até 1881<sup>118</sup>. Essa

---

112 Informação disponível em: <[http://www2.al.rs.gov.br/memorial/Mesa\\_Diretora\\_1/tabid/3678/language/pt-BR/Default.aspx](http://www2.al.rs.gov.br/memorial/Mesa_Diretora_1/tabid/3678/language/pt-BR/Default.aspx)>. Acesso em: 27/02/2015.

113 VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

114 *José de Araújo Brusque* - Procurador Fiscal (CPR - AFR) - 1854; Fazenda, F-321 (AFR - Arrecadação e Fiscalização das Rendas / CFP - Contadoria da Fazenda Provincial). (AHRs).

115 *Fala* com que o Vice-Presidente da Província de São Pedro do Rio Grande do Sul Dr. Antonio Augusto Pereira da Cunha abriu a 1ª sessão da 12ª legislatura da Assembleia Provincial em 3 de Novembro de 1866. Porto Alegre, Tipografia do *Rio-Grandense*, Praça da Alfândega n.º 4, 1866. "Matriz de Caçapava. O Dr. José de Araújo Brusque, juiz de direito da comarca de Caçapava, fazendo parte da comissão encarregada de dirigir as obras da igreja matriz daquela vila, tem promovido esmolas para auxílio daquelas obras na importância de 1:060\$000, que se acha recolhida em depósito nos cofres da Diretoria Geral dos Negócios da Fazenda Provincial, para ser aplicada convenientemente logo que se prossiga na conclusão da mesma igreja" (AHRs).

116 *Relatório* com que o Exmo. Sr. Conselheiro Jerônimo Martiniano Figueira de Melo Presidente desta Província passou a administração da mesma ao Exmo. Sr. Dr. José Fernandes da Costa Pereira Júnior, no dia 11 de Julho de 1872. Porto Alegre, Tipografia do *Constitucional*, rua 7 de Setembro, 1872. Administração da justiça [...] Depois que tomei conta da administração foram nomeados juízes de direito para a comarca de São Borja o bacharel Bernardo Dias de Castro Sobrinho, para a de Piratiny o bacharel José de Araújo Brusque, e para a de Bagé o bacharel Lourenço Bezerra Cavalcanti de Albuquerque Lacerda, e vagaram os lugares de juízes de direito da 1ª vara desta capital por haver sido nomeado o bacharel Luiz José de Sampaio chefe de polícia desta província, e da comarca do Rio Grande por ter sido removido a seu pedido o Dr. Sebastião Cardoso para a de Valença, a Província da Bahia (AHRs).

117 *Fala* dirigida à Assembleia Legislativa da Província de São Pedro do Rio Grande do Sul pelo Presidente Dr. José Antônio de Azevedo Castro em segunda sessão da



condição, segundo Elaine Sodré<sup>119</sup>, terminou em março de 1881, quando ele voltou para o exercício de Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Porto Alegre, mas, já no ano seguinte, foi nomeado Desembargador para o Tribunal de Relação de Cuiabá/MT, cargo que ocupou até 1885 quando conseguiu remoção para o Tribunal localizado em Porto Alegre, vindo a falecer em 1900. Foi ainda um dos fundadores do Instituto Histórico e Geográfico da Província de São Pedro, que teve vida efêmera, pois havia sido fundado em 1860 e extinto em 1863, tendo contribuído o suficiente para inspirar outras seções regionais a vincularem-se ao Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, fundado em 1838.

Houve também um magistrado de origem nordestina que iniciou sua carreira no sul, mas escolheu voltar para sua terra natal e seguir caminho dentro do Judiciário por lá. Foi o caso do Juiz de Órfãos Substituto Antônio de Olinda Almeida Cavalcanti, formado em Direito em Recife, que atuou em 9 ações de tutela no Juizado de Órfãos de Porto Alegre, entre os anos de 1884 e 1887. Ainda no final de 1887, atuou como Chefe de Polícia<sup>120</sup> em Porto Alegre, mas, em 1890, retornou para sua Recife, pois fora nomeado para desempenhar

---

16ª legislatura. Porto Alegre, Tipografia do *Rio-Grandense*, rua Sete de Setembro n.º 45, 1876. Tribunal da Relação. Estando com licença os desembargadores Julio Cesar Berenguer de Bittencourt e Adriano José Leal, foi chamado a servir no tribunal desde 12 de Novembro o juiz de direito das varas de órfãos e provedorias de capela e resíduos desta comarca, Dr. José de Araujo Brusque, por ser o mais antigo (AHRs).

<sup>118</sup> *Fala* com que o Exmo. Sr. Dr. Joaquim Pedro Soares, 2º Vice-Presidente da Província, abriu a 1ª sessão da 19ª legislatura da Assembleia Legislativa Provincial no dia 7 de Março de 1881, e Relatório com que lhe foi passada a administração pelo Exmo. Sr. Dr. Henrique d'Avila a 4 do mesmo mês. Porto Alegre, Tipografia d' *A Reforma*, Rua dos Andradas n. 271, 1881. Tribunal da Relação [...] Acha-se ainda com exercício no mesmo tribunal o juiz de direito da vara de órfãos desta capital, o desembargador honorário José de Araujo Brusque (AHRs).

<sup>119</sup> SODRÉ, Elaine Leonara de Vargas. *Op. cit.*

<sup>120</sup> LISBOA, Bento Luiz de Oliveira. Relatório apresentado ao Illm. e Exm. Sr. Dr. Rodrigo de Azambuja Villa Nova Vice-presidente da província do Rio Grande do Sul pelo conselheiro Bento Luiz de Oliveira Lisboa por ocasião de passar-lhe a administração da mesma província em 25 de Abril de 1887. Porto Alegre: Oficinas Typographicas do Conservador, 1887. Apud. CESAR, Tiago da Silva. *A ilusão panóptica: encarcerar e punir nas imperiais cadeias da Província de São Pedro (1850-1888)*. São Leopoldo/RS: Oikos; Editora UNISINOS, 2015, p. 298.

as funções de Chefe de Polícia<sup>121</sup> e, quinze anos depois, veio a ser nomeado Juiz Seccional da Federação no Estado de Pernambuco<sup>122</sup>.

Antônio José Affonso Guimarães, que nasceu em 13/05/1813, na cidade de Rio Grande e que era filho do Comendador Antônio José de Affonso Guimarães (falecido em 30/04/1852) com Ana Joaquina Afonso Braga (falecida em 02/09/1878), também se formou em Direito na Província de Pernambuco. Guimarães casou duas vezes: o primeiro casamento foi realizado com Ana Joaquina Gonçalves Guimarães (falecida em 09/09/1852), filha do comerciante José Gonçalves da Silva e Maria Joana Gonçalves Braga, e desse casamento teve três filhos: Antônio José Affonso Guimarães Júnior (nascido em 27/08/1840), Ana Joaquina Affonso Barbosa (nascida em 11/06/1842 e casada com o comerciante João Rodrigues Barbosa) e Francisco José Affonso Guimarães (nascido em 16/12/1843). Quando viúvo, reconheceu duas filhas naturais: Brasília (nascida em maio de 1834 em São Paulo) e Amélia (nascida em maio de 1837 em Pernambuco e casada, em Porto Alegre, com o Dr. José João de Araújo). Casou-se, então, com Maria Ines de Lima Guimarães (filha do Capitão Antônio José Fernandes Lima e Hipólita Sofia Lima); não conseguimos verificar se houve filhos dessa última união. Guimarães, que faleceu em 24/08/1885, residia em Porto Alegre, na Rua Duque de Caxias, nº 187, próximo ao palácio do presidente da província<sup>123</sup>.

Antônio José Affonso Guimarães colou grau na distante Olinda, no ano de 1836, e, pelas datas de nascimento de suas filhas naturais, podemos supor que ele tenha iniciado os estudos em São Paulo, mas, por motivos desconhecidos, teria vindo a terminar seu curso em Olinda.

Após se formar, regressou para o Rio Grande do Sul, e

---

<sup>121</sup> *A Epocha*, 24/07/1890. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/>>. Acesso em: 15/02/2015.

<sup>122</sup> BRASIL. *Decreto n. 1370, de 28 de agosto de 1905*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/>>. Acesso em: 15/02/2015. Os Juizes Seccionais eram nomeados pelo Presidente da República, sem a necessidade de concurso público.

<sup>123</sup> *Cartório da Provedoria, Inventário*. Porto Alegre, maço 71, nº 2159, 1886 (APERS).

iniciou sua carreira como Secretário do Governo<sup>124</sup>, Juiz Municipal em Rio Grande, Juiz de Direito em Uruguaiana, Juiz de Órfãos em Porto Alegre, quando atuou em 8 ações de tutela, entre os anos de 1874 e 1875. Foi ainda Juiz de Direito da 2ª vara criminal, quando foi nomeado, em 28/07/1875, Desembargador do Tribunal de Relação de Fortaleza<sup>125</sup>, tendo ficado pouco tempo lá, pois, no ano seguinte, teria sido removido para a Relação de Porto Alegre; contudo, deixou marcas indeléveis na Justiça de lá, a ponto de haver uma menção quanto à sua atuação: “o Rio Grande do Sul deve sentir-se honrado com o brilho dado à magistratura pelo seu digno filho”<sup>126</sup>.

Mas, antes de ser nomeado desembargador no nordeste, Elaine Sodré aponta que “a sua carreira não foi marcada pelo brilhantismo, antes pelo contrário”<sup>127</sup>, pois, em 1874, foi processado por responsabilidade devido ao atraso na formalização da culpa para os membros da seita religiosa de João Jorge e Jacobina Maurer, os famosos “Muckers”<sup>128</sup>, que foram mantidos presos por tempo além do permitido pela lei. Contudo, foi absolvido pelo Tribunal.

Quando retornou para Porto Alegre, foi empossado Desembargador do Tribunal de Relação de Porto Alegre no dia 16/11/1877<sup>129</sup>. Seu filho Antonio José Affonso Guimarães Júnior seguiu a profissão do pai e se formou em Direito, na Faculdade de

---

<sup>124</sup> *Secretário do Governo Provincial* - Série Justiça - Gabinete do Ministro - IJ1850 (1850/1856) – Ofícios da Presidência da Província do Rio Grande do Sul dirigidos ao Ministério dos Negócios da Justiça (Arquivo Nacional/RJ).

<sup>125</sup> *Fala* dirigida à Assembleia Legislativa da Província de São Pedro do Rio Grande do Sul pelo Presidente Dr. José Antônio de Azevedo Castro em a segunda sessão da 16ª legislatura. Porto Alegre, Tipografia do *Rio Grandense*, Rua Sete de Setembro n.º 45, 1876. "Juiz de Direito. Por decreto de 28 de julho foi nomeado o Dr. Antonio Jose Affonso Guimarães, juiz de direito da vara de Órfãos e Provedoria de Capelas e resíduos da comarca desta capital, para desembargador da Relação de Fortaleza; sendo removido para aquela vara por decreto da mesma data o juiz de direito da Comarca de Jaguarão Dr. José de Araújo Brusque, que entrou em exercício em 23 de outubro" (AHRs).

<sup>126</sup> SOUSA, Eusébio. *Tribunal de Apelação do Ceará: síntese histórica - dados biográficos*, 1874-1945. Ceará: S/E, 1945, p. 64. Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/handle/123456789/408>>. Acesso em: 25/02/2015.

<sup>127</sup> SODRÉ, Elaine Leonara de Vargas. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>128</sup> Sobre o tema, recomendamos ver: AMADO, Janaína. *A revolta dos Mucker*: Rio Grande do Sul, 1868-1898. 2. ed. São Leopoldo /RS: UNISINOS, 2002.

<sup>129</sup> FÉLIX, Loiva Otelo; *et al. Op. cit.*, p. 83.

São Paulo em 1864, tendo sido eleito deputado provincial dois anos depois<sup>130</sup>. Antonio José Affonso Guimarães, juntamente com sua segunda esposa, aparece como senhor de escravo, tendo alforriado alguns e registrado o óbito de outros<sup>131</sup>.

Mais um que iniciou sua carreira como magistrado em Porto Alegre e, assim como os dois bacharéis anteriores, também obteve seu diploma em Pernambuco, foi o Juiz de Órfãos Francisco Marques da Cunha, formado no ano de 1873. Ele foi Promotor Público em Taquari<sup>132</sup>, Juiz Municipal dos Termos reunidos de Triunfo e Taquari<sup>133</sup>, quando foi transferido para Porto Alegre tendo atuado em quatro processos de tutela no ano de 1892. Foi Juiz de Direito em São Sebastião do Caí<sup>134</sup>, Chefe de Polícia interino<sup>135</sup> e

---

<sup>130</sup> FRANCO, Sérgio da Costa. *Op. cit.*

<sup>131</sup> *Registro de óbito* de Feliciano, Sep. 680 (Reg.2113) (Livro de óbitos da Santa Casa). *Registro de Óbito* de Francisco, Sep.1715 (Reg.2608) (Livro de Óbitos da Santa Casa). *Registro de Óbito* de Isaías, Sep.806 (Reg.6757) - (Livro de óbitos da Santa Casa). *Registro de óbito*, Sep.97 (Reg.3147) (Livro de Óbitos da Santa Casa), (Centro Histórico-Cultural Santa Casa - CHCSC). *Carta de alforria* de Atanasia, 1º Tabelionato de Porto Alegre, livro 21 (APERS). *Carta de alforria* de Fausta, Livro de Registros Gerais nº 19-1868/73, 2º Tabelionato de Porto Alegre. APERS. *Carta de alforria* de Frederico, Livro de Registros Gerais livro 22 (1883/84), 2º Tabelionato de Porto Alegre (APERS). Alforria de Isabel, 1º Tabelionato de Porto Alegre, livro 2 (APERS). *Carta de alforria* do João, Livro de Registros gerais nº 22 (1883/84), 2º Tabelionato de Porto Alegre (APERS). *Carta de alforria* de Justina, Livro de Registros gerais nº 21 (1878/83), 2º Tabelionato de Porto Alegre. APERS. *Carta de alforria* de Rosa, Livro de Registros Gerais livro 22 (1883/84), 2º Tabelionato de Porto Alegre (APERS).

<sup>132</sup> Informação disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/>>. Acesso em: 15/02/2015.

<sup>133</sup> *Fala* dirigida à Assembleia Legislativa da Província de São Pedro do Rio Grande do Sul pelo Presidente Dr. José Antônio de Azevedo Castro em a segunda sessão da 16ª legislatura. Porto Alegre, Tipografia do *Rio-Grandense*, rua Sete de Setembro n.º 45, 1876. Juízes Municipais. Por decreto de 14 de agosto foi nomeado o bacharel Francisco Maques da Cunha, Juiz Municipal e de Órfãos dos termos reunidos de Triunfo e Taquari, entrando em exercício a 18 de setembro (AHRs).

<sup>134</sup> *Fala* com que o Exmo. Sr. Dr. Joaquim Pedro Soares, 2º Vice-Presidente da Província, abriu a 1ª sessão da 19ª legislatura da Assembléia Legislativa Provincial no dia 7 de Março de 1881, e Relatório com que lhe foi passada a administração pelo Exmo. Sr. Dr. Henrique d'Avila a 4 do mesmo mês. Porto Alegre, Tipografia d' *A Reforma*, Rua dos Andradas n. 271, 1881. Juízes de Direito - Na de São João do Cahy, de 1ª, o Juiz de Direito Francisco Marques da Cunha, nomeado por decreto de igual data (AHRs).

presidente da Sociedade Emancipadora de São Sebastião do Cai<sup>136</sup>.

Emilio Valentim Barrios foi outro magistrado que atuou em relação à tomada de decisões sobre tutelas de menores de idade no Juízo dos Órfãos de Porto Alegre, tendo decidido apenas três casos entre os anos de 1864 e 1865. Barrios, assim como a maioria de seus colegas de toga do Juízo dos Órfãos de Porto Alegre, era formado pela Faculdade de Direito de São Paulo, tendo recebido o diploma de bacharel em direito no ano de 1861 e, no ano seguinte, obtido o grau de Doutor em Direito pela mesma Faculdade<sup>137</sup>. Era natural de Rio Grande e atuou como Juiz Municipal<sup>138</sup>, com destaque para a participação no processo do crime da Rua do Arvoredo, ou do Açougueiro de Gente<sup>139</sup>, em 1864. Foi ainda deputado na Assembleia Provincial na legislatura de 1871/72<sup>140</sup>.

Como o leitor já deve ter percebido, deixamos para o final um Juiz de Órfãos que teve papel destacado tanto na Justiça, no

---

<sup>135</sup> *Relatório* com que o Presidente da Província Francisco de Carvalho Soares Brandão, entregou a administração da Província do Rio Grande do Sul à Sua. Exa. o Sr. Dr. Vice-Presidente Joaquim Pedro Soares, em 14 de Janeiro de 1882. Porto Alegre, Tipografia do *Comércio*, Praça da Alfândega, n.º 3, 1882. "Administração policial. Na mesma data designei para substituí-lo, o Dr. Francisco Marques da Cunha, juiz de direito da comarca de São João do Cahy, até que se apresente a tomar conta daquele cargo o Dr. José Antonio Gomes, nomeado por decreto também de 19 de Setembro" (AHRS).

<sup>136</sup> *Jornal do Comércio*, n.217, ano XX, sábado, 23 de agosto de 1884 (404), p. 2. Aurora da Redenção (AHRS).

<sup>137</sup> BARRIOS, Emilio Valentim. *Direito criminal*: como se rege o direito que tem os herdeiros dos offendidos para haverem a indemnização do damno causado (sic) / que para obter o grau de Doutor apresentou Emilio Valentim Barrios. São Paulo: Typographia Imparcial de J.r. de Azevedo Marques, 1862. Informação disponível em: <<http://biblioteca2.senado.gov.br>>. Acesso em: 15/02/2015.

<sup>138</sup> Este juiz atuou no caso de assassinato de Ana Ferreira Maciel, esposa de João Pereira Maciel, quando foram apontados como réus Amélia (como mandante), o forro Venâncio (como autor) e a escrava Firmina (como cúmplice), em 1865. *Sumários* - Júri. Porto Alegre. Ano 1866, Maço 37, Processo 1090. APERS. Ver: MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. Feiticeiros, venenos e batuques: religiosidade negra no espaço urbano (Porto Alegre - século XIX). In: NEUMANN, Eduardo; *et. al.* (Orgs.). *Capítulos de História do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004, p. 147-177.

<sup>139</sup> ELMIR, Cláudio Pereira; MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. *Op. cit.*

<sup>140</sup> FRANCO, Sérgio da Costa. Gaúchos na Academia de Direito de São Paulo no século 19. *Revista Justiça & História*. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n.1 e 2, 2001.

ensino e na política, quanto na sociedade gaúcha de forma geral: Carlos Thompson Flores, que atuou em sete ações entre os anos de 1890 e 1891.

Thompson Flores, que nasceu na cidade de Porto Alegre, em 04 de junho de 1843, era filho de família importante vinda da Inglaterra: seu pai era o médico Luís da Silva Flores, e sua mãe, Maria da Glória Thompson, filha do capitão da Real Marinha Britânica Jayme Thompson. Casou-se com Luiza Elvira Reis Flores, filha do Marechal de Campo Salustiano Jerônimo dos Reis, Barão de Camaquã, e, dessa união, nasceram oito filhos, com destaque para Luiz Carlos Reis Flores, que batizou seu filho com o mesmo nome do pai, Carlos Thompson Flores, neto que escolheu a profissão do avô, tornando-se bacharel em Direito e galgando degraus dentro da hierarquia do Judiciário, tendo alcançado o cargo de Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 1966<sup>141</sup>.

Colou grau em Direito na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em São Paulo, no ano de 1865. Ao retornar para Porto Alegre, foi nomeado Promotor Público da Comarca, cargo que ocupou até 1871, quando se elegeu deputado para a Assembleia Provincial nas legislaturas de 1871/72, 1873/74 e 1875/76 (exercendo a Presidência da mesa diretora da Assembleia em janeiro de 1875). Ainda em 1875, foi nomeado Juiz de Direito também em Porto Alegre; na década de 70, passou a integrar a Loja Maçônica Progresso da Humanidade, filiando-se ao Partido Liberal e atuando como redator no jornal “A Reforma”, órgão do partido. Foi vice-presidente da província do Rio Grande do Sul, de 19 de julho de 1878 a 15 de abril de 1880, e, entre 19/07/1879 e 15/04/1880, foi Presidente da Província do Rio Grande do Sul de forma interina<sup>142</sup>.

Com a chegada da República ao Brasil, Thompson Flores compôs, por indicação do presidente do Estado Júlio Prates de Castilhos, o Superior Tribunal, entre os anos de 1890 e 1892 e, em 1893, foi nomeado Desembargador, juntamente com Antônio

---

<sup>141</sup> FÉLIX, Loiva Otelo; *et al. Op. cit.*, p. 106.

<sup>142</sup> FRANCO, Sérgio da Costa. FLORES, Carlos Thompson. In:\_\_\_\_\_. *Dicionário político do Rio Grande do Sul (1821-1937)*. Porto Alegre: Suliani Letra & Vida, 2010, p. 89-90.

Augusto Borges de Medeiros (braço direito do presidente do Estado Júlio Prates de Castilhos e futuro sucessor dele nesse cargo)<sup>143</sup>. Foi ainda deputado constituinte do Rio Grande do Sul em 1891 e, sete anos depois, nomeado Procurador-Geral do Estado, permanecendo no cargo até sua morte, em 10 de novembro de 1904. No ensino, destacou-se como membro do grupo fundador da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, em 24/02/1900, uma das sete faculdades de direito no Brasil do período<sup>144</sup>, tendo sido seu primeiro diretor, sendo lente das disciplinas de Prática Forense, Direito Civil e Legislação Comparada sobre Direito Privado<sup>145</sup>.

## CONCLUSÃO

Verificando a carreira dos magistrados do Juízo dos Órfãos, podemos compreender a importância que a instituição teve não só para muitas crianças e famílias, mas também para muitos profissionais do direito, junto ao aceite para a função vinha atrelado possibilidades e prestígios que sobrevinham desse cargo. Assim, texto buscou apresentar a importância que o Juízo dos Órfãos, instituição que por longos anos zelou pelos menores de idade em Porto Alegre. Analisando a carreira dos Juizes de Órfãos, verificamos que o Direito e o Juízo dos Órfãos contribuíram para definir normas “universais” de comportamentos e práticas dentro da família porto-alegrense no final do século XIX, acautelando os menores e fazendo avançar pelo tempo a generalização de um “modelo” de estrutura familiar. Os 21 Juizes que legislaram sobre os processos de tutela tiveram esse comprometimento para com as orientações do Estado sobre o tipo de conduta que o tutor deveria possuir para receber a guarda de um menor.

---

<sup>143</sup> FÉLIX, Loiva Otelo; *et al. Ibidem.*

<sup>144</sup> Duas eram oficiais, localizadas em Recife e São Paulo; as quatro outras eram livres, duas delas localizadas no Rio de Janeiro, uma na Bahia e outra em Minas Gerais.

<sup>145</sup> LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. *Op. cit.* FRANCO, Sérgio da Costa. *Ibidem.*

## REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. Espaço social e gênese das classes. In: \_\_\_\_\_. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (português de Portugal). 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. O capital social - notas provisórias. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). **Escritos de educação**. 13. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.
- CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial. *Teatro das sombras*: a política imperial. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- FÉLIX, Loiva Otelo; *et al.* **Tribunal de Justiça do RS**: 120 anos de história (1874-1999). Porto Alegre: Projeto Memória do Judiciário Gaúcho, 1999.
- FRANCO, Sérgio da Costa. **Porto Alegre**: guia histórico. 4. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006.
- FRANCO, Sérgio da Costa. **Dicionário político do Rio Grande do Sul (1821-1937)**. Porto Alegre: Suliani Letra & Vida, 2010.
- FRANCO, Sérgio da Costa. Gaúchos na Academia de Direito de São Paulo no século 19. **Revista Justiça & História**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n.1 e 2, 2001.
- GINZBURG, Carlo; PONI, Carlo. O nome e o como: troca desigual e mercado historiográfico. In: GINZBURG, Carlo. **A micro-história e outros ensaios**. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- MAGALHÃES, Humberto Piragibe; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Dicionário jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.
- MOREIRA, Paulo Roberto Staudt. O Aurélio era preto: trabalho, associativismo e capital relacional na trajetória de um homem pardo no Brasil Imperial e Republicano. **Estudos Ibero-Americanos**, PUCRS, v. 40, p. 85 - 127, 2014.
- NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**: I - Império. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973.
- SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá de. O mercado carioca de crédito: da acumulação senhorial à acumulação mercantil (1650-1750). **Estudos Históricos**, FGV, Rio de Janeiro, v. 29, p. 29-49, 2002.
- SERNA, Justo & PONS, Anaclet. O Buraco da Agulha. Do que falamos quando falamos de micro-historia? In: MARTINS, Maria Cristina Bohn;



MOREIRA, Paulo Roberto Staudt (Orgs.). **Uma história em escalas:** a microanálise e a historiografia latino-americana. São Leopoldo/RS: Oikos / Editora UNISINOS, 2012.

SODRÉ, Elaine Leonara de Vargas. **A disputa pelo monopólio de uma força (i)legítima:** Estado e administração Judiciária no Brasil Imperial (Rio Grande do Sul, 1833-1871). Tese (Doutorado em História), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

WADI, Yonissa Marmitt. **A história de Pierina:** subjetividade, crime e loucura. Uberlândia/MG: EDUFU, 2009.

# **PROJETOS CONSTITUCIONAIS ESQUECIDOS: AS PROPOSTAS INTELLECTUAIS DE RECONSTITUCIONALIZAÇÃO DO BRASIL NO GOVERNO PROVISÓRIO (1930-1934)**

*Luis Rosenfield\**

## **INTRODUÇÃO**

Nos primeiros anos da virada para a década de 30, o processo de constitucionalização dos países da Europa e das Américas do Sul e do Norte foi marcado por uma forte rediscussão dos alicerces constitucionais que embasavam essas nações. A situação doméstica do Brasil foi bastante turbulenta no plano político, com constantes agitações sociais, greves e sublevações armadas. A ascensão do tenentismo simbolizou o acirramento dos ânimos na condução do Estado e, com a eclosão da Crise de 1929, agravou-se a situação financeira do país e restaram escancaradas as fragilidades econômicas do Brasil. Mesmo não tendo sido diretamente afetado pela Primeira Guerra Mundial, o pensamento constitucional brasileiro também passou a vivenciar uma busca incessante de alternativas estruturais para seu convalescente sistema jurídico-político. No plano da doutrina constitucional brasileira, os prognósticos de decadência do liberalismo e das formas tradicionais de representação proporcionaram a abertura ao desenvolvimento das mais diversas posturas ideológicas no plano da Teoria do Direito e da Constituição.

Durante o lapso temporal que vai de 1930 até 1934, observa-se a proliferação de estudos e propostas de reorientação

---

\* Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestrado em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) e é bacharel em Direito (PUCRS). Atualmente, está cursando seu segundo doutorado em Filosofia na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

constitucional, e é especificamente sobre essas propostas de reconstitucionalização – em grande medida esquecidas pela historiografia do Direito das últimas décadas – que esse estudo se debruça. Naturalmente, tal processo de intensificação da produção doutrinária sobre a estrutura constitucional brasileira decorre das mudanças proporcionadas pela vitória da Revolução de 1930 e pelo caráter não-constitucional do Governo Provisório. Contudo, não é somente o caráter discricionário do Governo Provisório varguista que estava em jogo, já que esse lapso histórico foi marcado por uma contestação profunda dos modos tradicionais de governar e por graves crises políticas. O liberalismo político e a democracia eram dados como sistemas fracassados e obsoletos. Como se sabe, a chamada “maximização da política” foi a tônica do entreguerras, e levou a projetos totalitários na Alemanha, na Itália e na Rússia, e a sofisticados modelos de autoritarismo em Portugal, na Espanha e na França de Vichy.

## **1 A CRISE DO LIBERALISMO POLÍTICO E DA DEMOCRACIA PARLAMENTAR**

Quando Carl Schmitt publica, em 1923, seu livro *A crise da democracia parlamentar*, ele dá voz a uma crítica muito difundida à época, a de que projetos políticos como o da República de Weimar careciam de legitimidade. As mutações do liberalismo político clássico para formas inovadoras de social-democracia eram vistas por círculos conservadores como projetos fadados ao fracasso em virtude de abrirem margem à heterogeneidade<sup>1</sup>. O debate e o dissenso – características típicas das democracias parlamentares do começo do século – eram vistos como a fórmula da anarquia, em que a sociedade seria dominada por facções que não tinham preocupação com o bem comum.

A profecia de Carl Schmitt sobre a aguda crise da democracia parlamentar ilustra bem os dilemas que a virada para a década de 1930 iria trazer para a Europa, para as Américas e além. Trata-se de um período de rediscussão quase total dos alicerces

---

<sup>1</sup> SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1926.

constitucionais que os Estados nacionais iriam assumir. Em 1932, Schmitt publicou ainda a versão definitiva de texto importante para compreender esse cenário de fortes mixagens teóricas e tendências híbridas no pensamento constitucional, intitulado *O conceito do político*, no qual afirma a “essência do político” como condição de integridade e unidade do Estado, em contraposição à política partidária, vista como facciosa. Schmitt afirmava a “decisão política” como elemento essencial do Direito Constitucional, o que conseqüentemente significava um fortalecimento sem precedentes para o chefe do Poder Executivo.

Percebe-se que nesse hiato ocorreu um surto criativo nos juristas que se viam chamados a apresentar soluções para as disfuncionalidades da Nova República. O sentimento difundido à época era o de que a Primeira República padecera por não ter fornecido um sistema político adequado à realidade brasileira, e agora era o momento de recolocar o Brasil nos trilhos de uma ordem constitucional que desse conta das complexidades do país. A análise dessas propostas revela uma energia voltada à renovação das ideias no Brasil, verdadeiro motor criativo da oxigenação da intelectualidade jurídica, que agora se dedicava a apresentar novas – e híbridas – ideias ao debate constitucional. Quando se fala em *ideias híbridas* ou em *mixagem teórica*, a referência que se faz é em relação à crescente heterodoxia desse tipo de pensamento constitucional. Os velhos e batidos postulados da Primeira República passam a se esgarçar e perder sentido nesse novo Brasil, levando ao amalgamento de correntes ideológicas, jurídicas e filosóficas no pensamento da intelectualidade jurídica. Tal é o caso patente em obras tão díspares quanto as de Pontes de Miranda, Borges de Medeiros e Gilberto Amado.

Para além do plano das disputas por poder político que muitos desses juristas estavam de fato inseridos, os anteprojetos de Constituição e as diversas propostas doutrinárias revelam a vontade de renovação através de novos princípios constitucionais. A década de 1930 apresentava um cenário inédito na reestruturação das elites brasileiras, pois a Revolução de 30 trouxe profundo rearranjo dos polos de poder da República.

No que se refere aos juristas do Rio Grande do Sul, contudo, mesmo que o gaúcho Getúlio Vargas tenha assumido o cargo de

novo presidente do Brasil, isso não significou a aglutinação de positivistas históricos do Partido Republicano Rio-Grandense e de outros eminentes políticos gaúchos em torno de si. E isso resta patente nas propostas doutrinárias de juristas gaúchos com forte atuação política nas quais propuseram esboços próprios de uma carta constitucional, como foi o caso emblemático de Antonio Augusto Borges de Medeiros<sup>2</sup>, presidente do Rio Grande do Sul por vinte e cinco anos durante a Primeira República; do positivista histórico e ex-deputado federal Joaquim Luis Osório, professor da Faculdade de Direito de Pelotas<sup>3</sup>; e do ferrenho opositor dos positivistas, o federalista Wenceslau Escobar<sup>4</sup>.

Tais projetos de reconstitucionalização eram dissonantes entre si e não formulavam ideais convergentes. O exame atento dessas obras voltadas à reconstitucionalização implica navegar num cenário de profundas incertezas sobre os rumos do Brasil. Em um momento de crescente penetração de ideários autoritários e antiliberais, muitos juristas publicaram anteprojetos constitucionais com intuito de apresentar novas propostas que substituíssem o governo discricionário varguista. E essa é uma das questões principais: quais foram as alternativas esboçadas pela comunidade jurídica para moldar um novo Brasil nessa fase cinzenta de transição? A versão autoritária e corporativa apresentada anos depois por Francisco Campos em 1937 é conhecida de todos. Contudo, aqui cabe a reflexão de quais eram efetivamente as propostas e ideias no momento embrionário do varguismo, na transição da Primeira República para os primeiros anos do Governo Provisório.

No período que inicia com a tomada do poder em 24 de outubro 1930 e tem como ponto final a publicação da Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho pela Assembleia Nacional Constituinte, havia uma forte tensão pelo firmamento de *novas*

---

<sup>2</sup> MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial* (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933].

<sup>3</sup> OSÓRIO, Joaquim Luis. *Plano de uma Constituição Política para a Republica dos Estados Unidos do Brasil*. Seguindo o programa do Partido Republicano Histórico do Rio Grande do Sul. Pelotas: Globo, 1931.

<sup>4</sup> ESCOBAR, Wenceslau. *Esboço de reforma da Constituição*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

*regras do jogo*, especialmente por parte dos paulistas, dos mato-grossenses, dos mineiros e de setores da oposição gaúcha. Esse interregno foi marcado pela pressão em torno de Getúlio Vargas para que fosse convocada uma Assembleia Constituinte que ditasse as novas regras do jogo. O acirramento de ânimos chegou a tal ponto que se abriu um fosso na comunicação entre o Governo Provisório e forças de oposição, sendo então deflagrada a guerra civil conhecida como Revolução Constitucionalista de 1932. O espantoso número de mortes violentas deixou profundas marcas, principalmente na elite política e intelectual do Estado de São Paulo.

Muitos dos que lutaram ativamente no Movimento Constitucionalista de 1932 foram depois exilados em Portugal, como foi o caso de Waldemar Martins Ferreira, professor de Direito Mercantil da Faculdade de Direito de São Paulo. Vivendo em Portugal por força das circunstâncias, Martins Ferreira apresentou um ciclo de palestras na Universidade de Lisboa sobre Direito Comercial<sup>5</sup>. Nessa oportunidade, apesar de ter sido chamado para tratar dos princípios do Direito Mercantil, Waldemar Ferreira tergiversou a falar da situação do Brasil diante do crescente aumento da presença do Estado nas questões privadas e na “sindicalização das classes”, criticando a vontade corrente de colocar “as classes [em] uma posição de relevância nos órgãos de deliberação e de execução do novo regime”<sup>6</sup>.

A elite paulista foi a que mais sofreu em decorrência da guerra civil. No prefácio de um dos livros da fase integralista de Miguel Reale, verificam-se importantes referências tanto sobre as agitações políticas decorrentes da Primeira Guerra Mundial quanto ao drama pessoal dos paulistas durante a Guerra Paulista:

Este livro não teria prefácio, se não representasse para mim um drama profundamente vivido.

---

<sup>5</sup> TEIXEIRA, Melissa. *South Atlantic Corporatism: Development, Law, and Citizenship in Brazil and Portugal, 1919-1945*. PhD diss., Princeton University, 2016. p. 19.

<sup>6</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. *As directrizes do direito mercantil brasileiro* (conferências realizadas na sala dos Actos Grandes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 7, 11, 14, 17 e 21 de março de 1933). Lisboa: Tip. da Empresa do Anuário Comercial, 1933. p. 207.

A grande guerra teve a função de revelar as contradições do mundo moderno, dividindo os homens de inteligência entre a angústia revoltada de Spengler, a serenidade humanista de Keyserling, e a calma de Berdiaeff anunciando a religiosidade do crepúsculo. Os moços ficaram como que suspensos entre a tentação dos extremos, sentindo partidos repentinamente os tênues laços que os uniam ao passado. Depois da agitação febril e estéril, veio o período preguiçoso da renúncia, do indiferentismo doentio.

Quando surgiu a revolução paulista, eu estava em um desses momentos de desengano, em perfeito estado de disponibilidade, com o cérebro como um cemitério de idéias que já haviam sido idéias-força no passado, desde os ideias miríficos do Liberalismo às pulsações agitadas do Marxismo. Alistei-me como quem vai para a luta à procura de si mesmo, certo de encontrar no perigo o sentido novo da vida. Ao voltar, compreendi que a minha crise espiritual tinha sido, como a de muitos de minha geração, a crise de quem se fecha em si mesmo, sem compreender que a idéia é tanto mais nossa quanto mais a espalhamos pelo mundo.

Este livro exprime a vontade firme de teorizar a vida e de viver a teoria da unidade indissolúvel do pensamento e da ação.

Desculpai se, abandonando a calma profissional do academismo, minha expressão, às vezes, é dura e sem disfarces. Escrevi estes ensaios, que marcam o processo de minha formação integralista, certo de que auxiliarão os homens de 40 anos a compreender melhor uma geração cuja adolescência foi roubada pela guerra<sup>7</sup>.

A Revolução Constitucionalista de 1932 mudou completamente o panorama da discussão sobre os caminhos da reconstitucionalização. O relato franco do jovem Reale transmite bem o espírito de uma época de conflagração política. Suas referências à “geração cuja adolescência foi roubada pela guerra” e às “contradições do mundo moderno” dão o tom da falta de referenciais intelectuais sólidos na transição da Velha para a Nova República, diante do rescaldo da Primeira Guerra e da lembrança viva da Revolução Constitucionalista de 1932<sup>8</sup>. Sua citação a

---

<sup>7</sup> REALE, Miguel. O Estado moderno (Liberalismo - Fascismo - Integralismo). *In*: REALE, Miguel. *Obras políticas* (1.<sup>a</sup> fase - 1931-1937). t. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1934], p. 7-8.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. O Estado moderno (Liberalismo - Fascismo - Integralismo). *In*: REALE, Miguel. *Obras políticas* (1.<sup>a</sup> fase - 1931-1937). t. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1934], p. 7-8.

Oswald Spengler, autor de *O declínio do Ocidente*, de 1918, é sintomática de uma geração marcada pelo pessimismo intelectual e pelas cicatrizes da guerra. As críticas obscurantistas do romantismo de Spengler foram influentes no período tanto na Europa quanto fora dela<sup>9</sup>. Por essas e outras razões, esses anos de crise tiveram como tônica uma forte dose de mixagem teórica e conceitual. Veja-se, por exemplo, a produção de outro jovem jurista paulista, Augusto Cesar, que em 1931 publicava um longo tratado – bastante confuso, deve-se admitir – sobre os “aspectos da sociedade em crise” e a “verdadeira questão social”. Em centenas de páginas se observa uma forte veia ensaística que mais retrata o mal-estar da intelectualidade com os rumos da nação do que tenta apontar alternativas palpáveis para escapar dessas crises<sup>10</sup>.

O pensamento constitucional durante o Governo Provisório foi marcado por essa experimentação intelectual, que se pode definir como mixagem teórica em virtude do caráter frequentemente contraditório de ideias que mesclavam traços típicos do liberalismo, do socialismo, do autoritarismo, do positivismo, do corporativismo. O que se observa com clareza nesse interregno é que diferentes correntes de pensamento estavam por vezes amalgamadas num mesmo corpo teórico. Era comum a união de ideais antagônicas e contraditórias numa mesma monografia, e percebe-se que esse exercício de experimentação era recorrente no recorte de 1930-1934.

## **2 IDEIAS HÍBRIDAS: AS PROPOSTAS INTELECTUAIS DE RECONSTITUCIONALIZAÇÃO DO BRASIL ENTRE 1930 E 1934**

Diante da abertura que se tinha para esboçar uma nova carta constitucional, os juristas brasileiros propuseram novas formas de organização político-jurídica, apesar da tensa disputa política entre diferentes grupos e, inclusive, com a eclosão de uma guerra civil do porte da Revolução Constitucionalista de 1932. Um desses estudos

---

<sup>9</sup> KEPPELER, Lutz Martin. *Oswald Spengler und die Jurisprudenz*. Die Spenglerrezeption in der Rechtswissenschaft zwischen 1918 und 1945, insbesondere innerhalb der “dynamischen Rechtslehre”, der Rechtshistoriographie und der Staatsrechtswissenschaft. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. p. 133-170.

<sup>10</sup> CESAR, Augusto. *A verdadeira questão social* (aspectos da sociedade em crise). Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1931. p. 45-105.



foi de autoria do quase eterno presidente do Rio Grande do Sul durante a Primeira República, Borges de Medeiros. Após romper com Vargas e participar ativamente na Revolução Constitucionalista, ele foi capturado no Rio Grande do Sul e degredado de navio para o Recife, restando proibido deixar o perímetro do Estado de Pernambuco. Ele não fora exilado em Portugal, como aconteceu com a maioria dos paulistas, provavelmente em decorrência do respeito que sua figura inspirava em seus conterrâneos que detinham o poder federal. Durante seu exílio, o grande herdeiro do positivismo castilhistas escreveu uma obra que se distanciava de toda sua trajetória de vida.

Em sua surpreendente ruptura com a filosofia castilhistas, Borges de Medeiros estabeleceu um anteprojeto de Constituição que abandona em grande medida as linhas-mestras do que sempre defendeu em prol de um novo tipo de organização constitucional calcada, principalmente, na instituição de um Poder Moderador formatado para a realidade republicana. No livro, escrito entre 1932 e 1933 e editado no Recife na gráfica do Diário de Pernambuco, sequer se verifica qualquer citação a Auguste Comte<sup>11</sup>. As razões para a incrível reorientação de ideais de Borges de Medeiros têm como pano de fundo sua percepção de que a Primeira República fora um período de dominação de facções, marcado por “ditaduras legais e extra-legais”<sup>12</sup>:

Ninguém, que examine sem preconceito o passado nacional, deixará de reconhecer quanto contribuiu essa degenerescência progressiva do governo presidencial para os erros e crises, que vê atormentando a República durante os seus 44 anos de existência, a mór parte deles transcorridos sob ditaduras legais e extralegais. Raros quadriênios presidenciais lograram isentar-se das ações e reações violentas do autoritarismo e da rebeldia<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> BROSSARD, Paulo. Prefácio. In: MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial* (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933]. p. XXIX.

<sup>12</sup> MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial* (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933]. p. 43-46 e 59-64.

<sup>13</sup> MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial* (um

A ruptura com a singular tradição autoritária do castilhismo gaúcho – e com sua própria contribuição como estadista responsável pela consolidação da mão forte do positivismo no Rio Grande do Sul – significou um reposicionamento intelectual que iria perdurar até o fim de sua vida, em 1961. Borges de Medeiros inicia a obra com uma citação de um jurista muito mencionado pela intelectualidade brasileira da época, Boris Mirkine-Guetzevitch, constitucionalista e comparativista nascido na Ucrânia e radicado na França. Mirkine-Guetzevitch foi reconhecidamente um dos maiores defensores do sistema parlamentarista durante o entreguerras. Para o Borges de Medeiros, “uma verdadeira Constituição é a que logra plasmar com fidelidade a que se vem elaborando, lenta e confusamente, nos espíritos, sentimentos e crenças do povo”, e essa Constituição não “deve ser a improvisação do idealismo e da razão pura”<sup>14</sup>.

A inflexão de Borges de Medeiros em direção ao parlamentarismo foi o principal traço de suas novas convicções sobre a organização constitucional brasileira. Mesmo que tenha mantido sua defesa formal do presidencialismo, na realidade Borges de Medeiros tentou traçar uma separação nítida entre o Chefe de Governo e o Chefe do Poder Executivo, ainda que dentro do sistema presidencial. Essa ambiguidade é bem assinalada por Paulo Brossard:

A nova divisão de poderes, a que alude o republicano histórico, expressão viva da Constituição castilhista de 14 de julho, que era a exacerbação da Constituição Federal de 24 de fevereiro, levou-o a formular uma concepção que começava por separar nitidamente o chefe do Estado do chefe do governo, princípio capital no sistema parlamentar. Aquele encarnaria o poder moderador, ao qual se refere Joaquim Nabuco: “Não há mais bela ficção no Direito Constitucional do que a que imaginou Benjamin Constant com o seu Poder Moderador. O que a América do Sul precisa é de um extenso Poder Moderador, um Poder que exerça a função arbitral entre partidos intransigentes”.

O homem que fora a encarnação do presidencialismo mais

---

anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933]. p. 47.

<sup>14</sup> MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial* (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933]. p. 13.

exacerbado, não hesitou em propor uma nova repartição de poderes e respectivas atribuições e até a criação de um Poder Moderador. Merece ser lido e relido o que ele desejava fosse o Presidente da República. O poder moderador, na linguagem do anteprojeto Borges de Medeiros<sup>15</sup>.

Ou seja, propunha um regime misto, capaz de apresentar um presidencialismo “temperado por elementos do parlamentarismo, e tendo por base uma nova divisão dos poderes”. Isso significava, no ideal de Borges de Medeiros, evitar a mera alteração de foco de poder do Executivo para o Legislativo, como acontece no parlamentarismo. O intuito dessa manutenção do presidencialismo, que se mesclava com a tradição parlamentarista, tinha como razão de ser a sua convicção de que empoderar o Legislativo, em detrimento do Poder Executivo, iria somente alterar os polos de exercício autoritário do poder. Por essa razão, o modo de evitar a instabilidade ministerial típica do sistema parlamentarista seria que o Presidente da República tivesse um “poder moderador”<sup>16</sup>:

Se, no dizer de Benjamin Constant, a grande vantagem da monarquia constitucional foi ter criado esse poder neutro (moderador) na pessoa de um rei, por que não há de a República criar esse mesmo poder na pessoa do presidente? A nossa experiência já nos convenceu bastante de que ele não deve ser mais o chefe do poder executivo, que é apenas uma parte do todo, um dos órgãos do poder público, e sim o chefe supremo de todos os poderes políticos, o verdadeiro chefe do Estado. Só um poder supremo, neutro, mediador, moderador, separado e independente dos outros poderes, há de fazer que o presidente seja realmente não só o primeiro representante como também o primeiro magistrado da nação, contanto que se lhe não conceda outra missão senão a de “corrigir os desvios, moderar os excessos e conter em suas

---

<sup>15</sup> BROSSARD, Paulo. Prefácio. In: MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial* (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933]. p. XLIX.

<sup>16</sup> BROSSARD, Paulo. Prefácio. In: MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial* (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933]. p. XLIX.

respectivas órbitas os outros poderes, sobre os quais velará incessantemente”. Não conduzirão a outro fim as funções e prerrogativas que lhe são atribuídas. No que se relaciona com o poder legislativo, exercerá ele a ação moderadora, vetando o projeto de lei, inconstitucional ou contrário aos interesses da nação; corrigirá os faltas ou omissões do mesmo poder, propondo-lhe projetos de lei, de que porventura não haja ele cogitado; e o convocará a sessões extraordinárias quando o exigir o interesse público<sup>17</sup>.

Diante das ebulições políticas do entreguerras, mesmo o herdeiro direto do castilhismo buscou métodos para não “reproduzir servilmente o tipo do presidencialismo praticado no continente americano”, tentando operar uma volta à tradição brasileira do Poder Moderador<sup>18</sup>. Para Borges de Medeiros, “o regime parlamentar não mais convém ao Brasil, que o aboliu com o advento da República”. Ao mesmo tempo, não lhe parecia que se deveria manter o regime presidencial no molde que lhe traçara a Constituição de 24 de fevereiro de 1891. Em síntese, Borges pregava: “está formada a opinião geral de que é necessária uma reforma constitucional, que ponha termo aos erros e males cometidos durante quase meio século de vida republicana”. Dessa forma, concluiu que “convém primeiro investigar como funciona essa forma de governo nos outros países, a fim de verificar-se se os seus vícios são intrínsecos e comuns, ou apenas extrínsecos e restritos ao nosso país”<sup>19</sup>.

A presente incursão no pensamento político de Borges de Medeiros serve para medir o tamanho das dificuldades encontradas para tratar da *forma republicana*, mas também para mostrar a riqueza de ideias que permeava uma época de transformações profundas. O grau de confusão conceitual e de abertura para novas ideias pode ser

---

<sup>17</sup> MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial* (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933]. p. 56-57.

<sup>18</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges Medeiros de 1933. Um estudo comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 188, p. 94, out./dez. 2010.

<sup>19</sup> MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial* (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933]. p. 43-44.

constatado também a partir do livro de um dos mais proeminentes adversários de Borges, o federalista Wenceslau Escobar, que em 1931 apresentava seu próprio esboço de constituição<sup>20</sup>. Quando as propostas doutrinárias de Borges de Medeiros e Wenceslau Escobar são postas lado a lado, percebe-se como as linhas doutrinárias tradicionais estavam embaralhadas: era mesmo difícil reconhecer os limites entre uma e outra linhagem política<sup>21</sup>.

O livro, escrito nos primeiros meses após a vitória da Revolução de 1930, parte da crítica imediata do movimento revolucionário. Wenceslau Escobar asseverava nas primeiras linhas que “as revoluções nunca satisfazem as esperanças que fazem conceber”, pois, “em regra, são generosas em promessas de melhorar as condições sociais, regenerar os vícios e os costumes licenciosos, moralizar a administração, garantindo sob todos os aspectos as liberdades”<sup>22</sup>. Vindo das fileiras do Partido Federalista gaúcho, defendia um “esboço de reforma da nossa Constituição [...] [que] representa, exclusivamente, minha opinião pessoal e o sincero amor, que nunca dissimulei, aos princípios liberais”. Supreendentemente, dois inimigos ferrenhos no plano ideológico da República Velha, Borges de Medeiros e Wenceslau Escobar defendiam posições um tanto parecidas no desenvolvimento inicial da Nova República em determinados aspectos. Parlamentarista histórico, Wenceslau Escobar afirmava que o “presidencialismo investe de demasiadas atribuições os chefes do poder executivo que, quando têm a República mais nas palavras do que nos corações, são facilmente desviados para o absolutismo”. Para Escobar, a supremacia do

---

<sup>20</sup> ESCOBAR, Wenceslau. *Esboço de reforma da Constituição*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

<sup>21</sup> É importante destacar as críticas contumazes desferidas por Wenceslau Escobar durante praticamente toda Primeira República contra o castilhismo e a feição ditatorial dos sucessivos governos positivistas encabeçados por Borges de Medeiros. Suas ácidas críticas à ditadura rio-grandense o levaram a publicar artigos de jornal, depois coletados em livro, exigindo a renúncia de Borges de Medeiros e inclusive a intervenção federal no Rio Grande do Sul. Ver ESCOBAR, Wenceslau. *A pacificação do Rio Grande pela intervenção*. Porto Alegre: Globo, 1924; ESCOBAR, Wenceslau. *Trinta anos de ditadura rio-grandense*. Rio de Janeiro: Canton & Beyer, 1922.

<sup>22</sup> ESCOBAR, Wenceslau. *Esboço de reforma da Constituição*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 12-14.

Executivo no regime presidencial reduzia “os poderes legislativo e judiciário, pelo menos nos povos onde ha menos moral politica do que sentimento civico, a méros órgãos decorativos”. Seu diagnóstico sobre os últimos anos da República Velha foi severo, colocando o poder executivo do presidencialismo, “sobretudo nos dois últimos quadriennios”, como o “principal algoz das liberdades publicas, o responsavel immediato pela ausencia de educação civica, que é um effeito, cuja causa é o excesso da força desse poder”<sup>23</sup>.

As propostas parlamentaristas de Wenceslau Escobar, contudo, estavam atentas às demandas do novo Brasil político em gestação, mesclando esse modelo parlamentar clássico com o ideal de dotar o Poder Legislativo de instrumentos para legislar sobre a “representação profissional”, os “conselhos profissionaes” e os “conselhos econômicos”. Sua incursão nesse campo trata basicamente do lugar da representação profissional nas novas constituições, aventurando-se na nascente experiência nesse campo em países como Portugal, Espanha, Alemanha, Itália e Tchecoslováquia.

Wenceslau Escobar discordava, contudo, da posição de Léon Duguit (que advogava que os conselhos profissionais deveriam integrar o Poder Legislativo e ter igual poder de representação) e por isso defendia apenas o caráter consultivo de tais órgãos. Percebe-se aqui a gestação dos modelos democráticos da representação profissional, a mescla entre representação corporativa dentro dos dois sistemas políticos tradicionais, o presidencialista e o parlamentarista. O que importa referir nesse momento é a *caixa de Pandora* que se abriu no entreguerras brasileiro em termos de inovação conceitual e institucional. A partir das ruínas do constitucionalismo da Primeira República, buscou-se as “maiores e mais justas aspirações do mundo moderno”<sup>24</sup>.

Entretanto, não se está aqui fazendo uma reconstrução histórica dos novos rumos constitucionais defendidos apenas pelos juristas gaúchos. O intrincado debate e a forte circulação de ideias no

---

<sup>23</sup> ESCOBAR, Wenceslau. *Esboço de reforma da Constituição*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. III e 7-8.

<sup>24</sup> ESCOBAR, Wenceslau. *Esboço de reforma da Constituição*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 12.

Brasil, principalmente das novas tendências europeias, foi a tônica também em Pontes de Miranda. Na década de 1920, o jovem jurista alagoano, assim como Borges de Medeiros, advogava por uma “política científica”, voltada à racionalização do uso do poder estatal, pois “a sciencia é um dos instrumentos da diminuição do despotismo” e a “diminuição do despotismo torna possível e facilita a intervenção da sciencia no trato dos problemas sociais e politicos”<sup>25</sup>.

Já durante os primeiros anos do Governo Provisório, Pontes apontava que a democracia era apenas “fórmula”, e não “conteúdo”, e era precisamente essa razão de seu fracasso. No plano da “codificação democrática” existia o problema da “revisibilidade livre dos valores”, pois a “decadência da democracia deriva” de “haverem as massas descoberto que a codificação democrática, por si só, não consegue fixar *o que deve querer*”. Isso porque Pontes definia que a “a democracia como o regime da discussão *sobre tudo*, o *systema politico* (quasi disse ‘apolítico’) da provisoriedade de todos os fins do Estado”. Dessa forma, ainda referindo-se ao conceito de democracia, afirma que “rigorosamente, quem diz Estado de *fins mutáveis*, provisorios, diz Estado *sem fins*”.

O pensamento de Pontes de Miranda nesses turbulentos anos atestava uma frequente negativa da democracia parlamentar, apostando na proposta corporativista, na planificação econômica e no que ele chamava de “revolução de estrutura”. Pertencente à nova geração nascida já na República – portanto muito mais jovem que Borges de Medeiros e Wenceslau Escobar –, Pontes de Miranda estava imerso no caldeirão de ideologias do entreguerras. Acreditava no “novo conteúdo” e na “nova forma do Estado”, e isso envolvia um Estado ocupado em “questões substanciais”, pois “o fim do Estado têm de ser substancial e envolvente, não pôde ser formal e envolvido”<sup>26</sup>. Na prática, isso significava para Pontes um claro divórcio com os *idealistas* da geração anterior, que possuíam fé nas reformas da Constituição e na substituição dos dirigentes políticos.

---

<sup>25</sup> MIRANDA, Pontes de. *Introdução á politica scientifica ou os fundamentos da sciencia positiva do direito*. Rio de Janeiro: Garnier, 1924. p. 239.

<sup>26</sup> MIRANDA, Pontes de. *Os novos direitos do homem*. Rio de Janeiro: Alba, 1933. p. 10-20.

Dessa maneira, para ele a questão se resumia em reduzir o Estado à “*technica social*”, em encontrar fins precisos para a atividade estatal que levassem ao bem comum:

A questão pôde ser posta a posteriori: os Estados antigos, os Estados modernos e os Estados recentes, como o soviético e o fascista, têm fins communs, immutaveis, ou ha fins differentes nelles?

O mais que podemos apurar, se queremos ver objetivamente, é que o Estado constitúe, por si, um methodo, uma *technica social*. Em cada um dos Estados há fins preponderantes: em alguns, são mais precisos do que noutros: formaes aqui, substaciaes além. O Estado de fins nitidos, homogeneos, coherentes, mais se accentúa nos nossos dias, com a Russia, cuja univocidade submete toda a actividade social a uma direção rija e inamolgavel, e talvez seja o do Estado technico-syndicalista a surgir em alguns países.

Como quer que seja, assistimos a um processo de clareamento e precisão dos fins, senão do fim primordial do Estado. Talvez a única solução para o problema da adesão á nova ordem social esteja na confiança em tender o Estado a fins precisos e finalmente inteligíveis<sup>27</sup>. (grifos originais)

Em síntese, o jurista alagoano partilhava da desilusão com as “promessas legaes”, filiando-se à vertente *realista* que possuía o “temor de que tudo se reduza a construcções jurídicas sem apoio e sem actuação na vida”, pois o caminho que devia ser trilhado deveria ter “fins precisos e economia dirigida ou de plano”<sup>28</sup>. Pontes de Miranda trabalhava, em uma de suas obras mais influentes, *Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional*, com um “mundo em transição, cheio de instituições, que não devem morrer, de instituições moribundas”<sup>29</sup>. Nas encruzilhadas ideológicas de seu tempo, Pontes de Miranda colocou o Brasil no dilema entre a “reviravolta prevista por Marx” ou “o novo Estado anti-

---

<sup>27</sup> MIRANDA, Pontes de. *Os novos direitos do homem*. Rio de Janeiro: Alba, 1933. p. 21-22.

<sup>28</sup> MIRANDA, Pontes de. *Os novos direitos do homem*. Rio de Janeiro: Alba, 1933. p. 28-29.

<sup>29</sup> MIRANDA, Pontes de. *Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932. p. 13.



individualista”<sup>30</sup>; tendo optado por um caminho do meio que descreveu como um “Estado Socialista” sem derramamento de sangue<sup>31</sup>.

Asseverava o liberalismo como uma ideologia insustentável, que se pretendia apenas como “a thecnica da liberdade”. Para ele, o “desenvolvimento natural da nova concepção do Estado” estava sendo traçado pela Alemanha de Weimar, pela Itália fascista e pela União Soviética. Isso significava que a “Constituição de hoje não pode ser abstracta, vaga, simples formalismo asubstancial. Tém de ser viva, palpavel, normativa, assim, para interesses como para legislações, que dentro della devam de viver”. Pontes de Miranda abre um dos tópicos da obra tratando da “evolução para o Estado integral”, ou seja, de como Rússia, Alemanha e Itália haviam eliminado a “scisão artificial entre Estado e Sociedade”, no sentido do imperativo de executar a “realização de fins da Sociedade”. Tais construções calcadas nos fins do Estado (e da sociedade) evidenciam o espírito do tempo, no qual os juristas se sentiam como que convocados a reformar não somente a Constituição, as leis e as instituições, mas também a sociedade, suas finalidades práticas e seus problemas sociais. Nos escritos de Pontes de Miranda, percebe-se portanto para onde rumavam as tendências do pensamento constitucional brasileiros do começo da década de 1930. Para Pontes, as instabilidades típicas de um regime liberal deveriam ser suplantadas por algum tipo de regime capaz de dotar o Brasil de autoridade, de um governo efetivo, de eficiência econômica e de unidade<sup>32</sup>.

Diante desse cenário de crescente fragmentação ideológica e programática do pensamento constitucional brasileiro, surgiam também as propostas mais radicais. Em ensaio de repercussão publicado em 1930, o mineiro Olbiano de Mello propunha as “bases para organização do Estado Syndical Corporativo Brasileiro”. Para Mello, que logo teria seu livro reeditado em segunda edição em

---

<sup>30</sup> MIRANDA, Pontes de. *Os novos direitos do homem*. Rio de Janeiro: Alba, 1933. p. 36.

<sup>31</sup> MIRANDA, Pontes de. *Os novos direitos do homem*. Rio de Janeiro: Alba, 1933. p. 96.

<sup>32</sup> MIRANDA, Pontes de. *Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932. p. 30-31 e 220-247.

1931, o ponto de partida de seu programa consistia que se entregasse “a direção dos negócios públicos da Nação às verdadeiras *élites* das diversas classes profissionais, e não a uma única como vem acontecendo sempre”. Em virtude de seus textos radicais e inovadores, logo chamou a atenção do líder integralista Plínio Salgado e se tornou o porta-voz do integralismo em Minas Gerais<sup>33</sup>. Com a criação em 1932 da Sociedade de Estudos Políticos (SEP), núcleo intelectual do integralismo, formou-se um centro dedicado às doutrinas explicitamente antiliberais no país que, além do mineiro Olbiano de Mello, contava com nomes ligados ao mundo jurídico como Miguel Reale<sup>34</sup>, Secretário Nacional de Doutrina e Estudos do integralismo, e Gustavo Barroso, ligado à linha antisemita e ultranacionalista do movimento.

O jurista do movimento integralista que assumiu posição de maior destaque foi Miguel Reale. Suas críticas à democracia parlamentar no Brasil e no mundo o levaram a defender um “conceito orgânico do Estado”, que se apresentava como uma oposição “ao Estado mínimo, mera abstração jurídica da ideologia liberal”. Seguindo a cartilha do fascismo italiano, Reale trazia ao Brasil os ensinamentos do principal ideólogo fascista, Alfredo Rocco, para afirmar que “o indivíduo não pode [...], segundo a concepção fascista, ser considerado como sendo o fim da sociedade; ele é apenas o meio”. Para Reale, “toda a vida da Sociedade consiste em fazer do indivíduo o instrumento dos seus fins sociais”. No ambiente brasileiro de fragmentação das instituições, guerra civil e ausência de uma Constituição, Miguel Reale irá defender o “Estado Integral”, muito parecido com o Estado fascista no sentido de “Estado absorvente, mecanicamente unitário, que transpõe o mito rousseauiano da alma coletiva do plano jurídico para o sociológico”. Sua Teoria do Estado, com claras tintas hobbesianas, apontava que “uma das características da *unidade orgânica* é

---

<sup>33</sup> MELLO, Olbiano de. *Republica Syndicalista dos Estados Unidos do Brazil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. Terra e Sol, 1931. p. 23.

<sup>34</sup> REALE, Miguel. A crise da liberdade. In: REALE, Miguel. *Obras políticas* (1.ª fase - 1931-1937). t. III. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1931]. p. 5-11; REALE, Miguel. Formação da política burguesa. In: REALE, Miguel. *Obras políticas* (1.ª fase - 1931-1937). t. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1934]. p. 129-246.

precisamente esta de *integrar discriminando*". Isso significava para Reale que "o todo não deve absorver as partes (*totalitarismo*), mas integrar os valores comuns respeitando os valores específicos e exclusivos (*integralismo*)". Referia a necessidade de "penetrar no significado da unidade orgânica". O nascimento de um intervencionismo estatal estava delineado no pensamento de Reale, e isso restava claro nas propostas de reorganização "das forças sociais na vida do Estado"<sup>35</sup>. Nesse ponto, pensadores da teoria constitucional brasileira tão diferentes entre si como Miguel Reale e Pontes de Miranda convergiam fortemente:

Tem razão Pontes de Miranda (apesar de seu inconseqüente sócio-demaralismo, simples justaposição com aparência de solução) quando diz - ao traçar com maestria a evolução para o Estado Integral - que "a perfeita integração Estado-Sociedade é o infinito de uma lei social". Só a demofilia não basta. Necessário é que cada vez mais se estenda a participação direta das forças sociais na vida do Estado. Nem se pense que o alargamento da zona de interferência do poder central redunde em diminuição da liberdade<sup>36</sup>.

Em suma, para Reale "o Estado vegetou à margem das transformações sociais, manifestando-se apenas quando provocado". Era o momento de o Estado intervir na economia, no desenvolvimento nacional, na organização do tecido social e na conservação dos costumes verdadeiramente brasileiros. A questão da liberdade se resumia a "compreender que não há antagonismo entre a organização e a liberdade". Dentro do contexto intelectual do integralismo, era imprescindível restituir a "supremacia da autoridade do Estado"<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> REALE, Miguel. O Estado moderno (Liberalismo - Fascismo - Integralismo). In: REALE, Miguel. *Obras políticas* (1.<sup>a</sup> fase - 1931-1937). t. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1934], p. 129-132.

<sup>36</sup> REALE, Miguel. O Estado moderno (Liberalismo - Fascismo - Integralismo). In: REALE, Miguel. *Obras políticas* (1.<sup>a</sup> fase - 1931-1937). t. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1934], p. 134.

<sup>37</sup> REALE, Miguel. O Estado moderno (Liberalismo - Fascismo - Integralismo). In: REALE, Miguel. *Obras políticas* (1.<sup>a</sup> fase - 1931-1937). t. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1934], p. 127-155.

E o pensamento integralista não seguia restrito ao seu núcleo duro de intelectuais marcadamente conservadores, vindo a arregimentar também nomes oriundos das fileiras do liberalismo gaúcho, como o parlamentarista histórico Felix Contreiras Rodrigues. Nascido em Bagé e ligado à tradição do Partido Federalista de Assis Brasil, escreveu na década de 1920 importante livro sobre as possibilidades de adaptação das teses parlamentaristas em solo brasileiro<sup>38</sup>. Com as fortes mudanças no meio intelectual durante o Governo Provisório, Contreiras Rodrigues aderiu ao integralismo, filiando-se a uma linha conservadora do pensamento constitucional no país<sup>39</sup>. A transição de Contreiras Rodrigues do liberalismo parlamentarista – inspirado em Gapar Silveira Martins – em direção ao ideário corporativista é sintomática da guinada política que o Brasil estava experienciando.

## CONCLUSÃO

Existe um caráter formidavelmente maleável no pensamento constitucional entre 1930 e 1934: esses anos significam a entrada definitiva do Brasil nos dilemas da modernização de um país de dimensões continentais, atrasado social e economicamente. As respostas apresentadas pelos juristas brasileiros se enquadravam no quadro de maximização da política que redundou nos genocídios do século XX. E por essa razão é imprescindível imergir na teoria do Direito Constitucional brasileira do período para acessar os modelos constitucionais que estavam sobre a mesa antes da efetiva consolidação e sedimentação do varguismo como doutrina oficial.

O caráter transformativo do pensamento constitucional na República Nova obrigou influentes juristas que contavam com trajetória destacada na Primeira República a se manifestarem sobre os novos rumos do Brasil. Gilberto Amado e Araújo Castro, ambos com sólida formação intelectual e forte independência intelectual, tentaram compreender o momento de profunda inflexão em que o Brasil estava inserido. Em seu Curso de Direito Político, Gilberto

---

<sup>38</sup> RODRIGUES, Felix Contreiras. *Velhos rumos políticos* (ensaio contributivo para a Revisão Constitucional no Brasil). Rio de Janeiro: E. Arrault, 1921. p. 123-190.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Felix Contreiras. *Novos rumos políticos e sociaes*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933. p. 283-293.

Amado estabeleceu as bases do que seria um liberalismo distinto da experiência da República Velha: um sistema constitucional que conseguisse evitar as fraudes eleitorais e a tão comum violência política, com a consequente consolidação de “partidos de ideias”, ou seja, um verdadeiro sistema partidário com linhas ideológicas e programáticas nítidas, de abrangência nacional. Defendia, assim como Araújo Castro<sup>40</sup>, a democracia e a separação de Poderes. Gilberto Amado colocava que a representação profissional deveria funcionar apenas como órgão consultivo e não deveria, portanto, integrar a representação política típica do Congresso Nacional<sup>41</sup>.

Diante do avanço de leituras radicais que proliferavam à época, Gilberto Amado e Araújo Castro estavam diante de uma ampla gama de pensadores que não tinham tanto interesse nos princípios democráticos de separação dos Poderes, de autonomia do Poder Judiciário, de liberdade de imprensa e nas garantias e direitos individuais. A postura de defesa intransigente desses princípios estava desalinhada com o conhecimento jurídico que estava sendo produzido no período. Em grande medida, esses intelectuais como Araújo Castro e Gilberto Amado, que defendiam posturas características que se pode denominar de liberais clássicas, estavam totalmente fora do espírito do tempo daqueles anos.

Como visto, dentro da amálgama de posicionamentos sobre a estrutura constitucional que o Brasil iria assumir em sua segunda Constituição republicana, cresciam propostas radicais. Os ideais ligados ao integralismo se apresentavam como propostas de reformulação política radical por excelência. Mas as propostas de reformulação constitucional através da “política científica” de Pontes de Miranda ou da volta do positivismo-castilhistas de um Joaquim Luis Osório também tinham seu apelo. Soma-se a isso o fato de que, nessa fase da República, também afluía o conservadorismo católico, liderado por Alceu de Amoroso Lima, e o interesse do clero católico em participar da elaboração da nova Constituição<sup>42</sup>. Por fim,

---

<sup>40</sup> CASTRO, Araújo. *Um ante-projecto de Constituição*. São Luis: Maranhão Typ. M. Silva, 1931.

<sup>41</sup> AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Rio de Janeiro: Officina Industrial Graphica, 1931. p. 189-236.

<sup>42</sup> LIMA, Alceu de Amoroso. *Politica*. Rio de Janeiro: Edição da Livraria Catholica, 1932. p. 177-207.

dentro desse cenário de fragmentação política, mixagem teórica e confusão conceitual que iria acontecer a Assembleia Constituinte de 1933/34.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Gilberto. Eleição e representação. Rio de Janeiro: Officina Industrial Graphica, 1931.

BROSSARD, Paulo. Prefácio. *In*: MEDEIROS, Borges de. **O Poder Moderador na República Presidencial** (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933].

CASTRO, Araújo. **Um ante-projecto de Constituição**. São Luis: Maranhão Typ. M. Silva, 1931.

CESAR, Augusto. **A verdadeira questão social** (aspectos da sociedade em crise). Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1931.

ESCOBAR, Wenceslau. **A pacificação do Rio Grande pela intervenção**. Porto Alegre: Globo, 1924.

ESCOBAR, Wenceslau. **Esboço de reforma da Constituição**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

ESCOBAR, Wenceslau. **Trinta anos de ditadura rio-grandense**. Rio de Janeiro: Canton & Beyer, 1922.

FERREIRA, Waldemar Martins. **As directrizes do direito mercantil brasileiro** (conferências realizadas na sala dos Actos Grandes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 7, 11, 14, 17 e 21 de março de 1933). Lisboa: Tip. da Empresa do Anuário Comercial, 1933.

KEPPELER, Lutz Martin. **Oswald Spengler und die Jurisprudenz**. Die Spenglerrezeption in der Rechtswissenschaft zwischen 1918 und 1945, insbesondere innerhalb der “dynamischen Rechtslehre”, der Rechtshistoriographie und der Staatsrechtswissenschaft. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. p. 133-170.

LIMA, Alceu de Amoroso. **Política**. Rio de Janeiro: Edição da Livraria Catholica, 1932.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges Medeiros de 1933. Um estudo comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 47, n. 188, p. 94, out./dez. 2010.

- MEDEIROS, Borges de. **O Poder Moderador na República Presidencial** (um anteprojeto da Constituição Brasileira). Prefácio de Paulo Brossard. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993 [1933].
- MELLO, Olbiano de. **Republica Syndicalista dos Estados Unidos do Brazil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. Terra e Sol, 1931.
- MIRANDA, Pontes de. **Introdução á politica scientifica ou os fundamentos da sciencia positiva do direito**. Rio de Janeiro: Garnier, 1924.
- MIRANDA, Pontes de. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Alba, 1933.
- MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.
- OSÓRIO, Joaquim Luis. **Plano de uma Constituição Política para a Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Seguindo o programa do Partido Republicano Histórico do Rio Grande do Sul. Pelotas: Globo, 1931.
- REALE, Miguel. A crise da liberdade. *In*: REALE, Miguel. **Obras políticas** (1.ª fase - 1931-1937). t. III. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1931].
- REALE, Miguel. Formação da política burguesa. *In*: REALE, Miguel. **Obras políticas** (1. fase - 1931-1937). t. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1934].
- REALE, Miguel. O Estado moderno (Liberalismo - Fascismo - Integralismo). *In*: REALE, Miguel. **Obras políticas** (1.ª fase - 1931-1937). t. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983 [1934].
- RODRIGUES, Felix Contreiras. **Velhos rumos políticos** (ensaio contributivo para a Revisão Constitucional no Brasil). Rio de Janeiro: E. Arrault, 1921.
- RODRIGUES, Felix Contreiras. **Novos rumos políticos e sociaes**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933.
- SERVA, Mário Pinto. **Directrizes constitucionaes**. Estudos para a Constituinte de 1933. São Paulo: Empresa Graphica “A Capital”, 1933. p. 6-7.
- SCHMITT, Carl. **Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus**. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1926.
- TEIXEIRA, Melissa. **South Atlantic Corporatism: Development, Law, and Citizenship in Brazil and Portugal, 1919-1945**. PhD diss., Princeton University, 2016.

**EDITORA E GRÁFICA DA FURG**  
**CAMPUS CARREIROS**  
**CEP 96203 900**  
**editora@furg.br**



## Coleção Direito e Justiça Social

A Coleção Direito e Justiça Social se propõe a publicar estudos críticos e interdisciplinares sobre a promoção da igualdade de direito, da solidariedade e da sustentabilidade.

Poderão ser acolhidos os resultados de pesquisas que enfrentem grandes temas, seja no contexto da realidade nacional, regional e internacional; e que representem possibilidades de aprofundamento e conhecimento das soluções adotadas pelos diferentes sistemas jurídicos. Dentro dessa perspectiva o Direito e o jurista devem estar comprometidos com a promoção da cidadania, da diversidade cultural, da ética e, sobretudo, da justiça social. A construção da cidadania exige a efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos e protegidos por procedimentos jurisdicionais que se exercem no ambiente democrático de decisão política. Assim sendo, o poder público deve promover políticas públicas capazes de transformar a realidade de desigualdade social e econômica que ameaça a estabilidade democrática no Brasil e no mundo globalizado.

Maria Claudia Crespo Brauner  
Coordenadora da Coleção Direito e Justiça Social

PPGD

