

ESPAÇO BRASILEIRO DE ESTUDOS PSICANALÍTICOS

CESAR LOUIS KIRALY

ckiraly@iuperj.br

A crença na liberdade enquanto direito moral mínimo: uma fundamentação por intermédio da alucinação e do absurdo¹

Apresentação

A estranheza do título fornecido para esse artigo pode ser justificada pelo referencial teórico que deve ser invocado para que sejamos capazes de demonstrar o nosso argumento². Com efeito, desejamos demonstrar que a liberdade é um conceito que possui validade política e jurídica, mas que não possui referencial empírico³, de modo que sua fundamentação apenas pode ser justificada pela

¹ Doutorando em Ciência Política pelo IUPERJ. Pesquisador do Centro de Estudos Avançados em Pesquisas Éticas da Universidade Candido Mendes e do Laboratório de Estudos Hum(e)anos do IUPERJ. Docente da Universidade de Taubaté. Membro do EBEP.

² Trabalharemos com David Hume, Herbert Hart e Fernando Gil.

³ Utilizamos a expressão “referencial empírico” no sentido meramente ordinário do termo “empírico”: aquele que expressa a exigência de que para atestar a existência de algo, o objeto deve ser submetido a contato através dos sentidos do observador. Segundo a denominação ordinária do empirismo uma crença não pode ser tida enquanto um fundamento último para um conceito. A objeção ao uso ordinário do empirismo é apresentada pelo racionalismo, o qual se

crença e pela alucinação. Salientamos primeiro a crença e depois a alucinação, tendo em vista que a crença é a figura que se relaciona diretamente com as instituições políticas e jurídicas e alucinação é ato pelo qual criamos conceitos que podem se converter em crenças institucionais. Contudo, não podemos ser inocentes a ponto de pensarmos que a filosofia possui grande contribuição na história das instituições no quesito criação de crenças, mas devemos indicar que por menos que a filosofia influencie diretamente a história das instituições; subsidiariamente as idéias filosóficas estabelecem combates entre crenças, impingindo golpes contra crenças tidas como inaceitáveis e promovendo a cristalização de outras.

Assim, de imediato, duas objeções poderiam ser colocadas contra nosso argumento: a. o conceito de liberdade, por não poder ser tido como passível de verificabilidade, deve ser fundado na razão pura, instrumental ou lingüística. b. o conceito de liberdade possui sentido apenas quando referenciado na história das instituições não podendo se referido filosoficamente. As duas objeções possuem material para compor uma resposta para o modo de fundamentação contemporânea da liberdade. Com relação à primeira objeção podemos aventar que uma certa noção de razão instrumental ou lingüística pode ser salutar para

autonomiza dos juízos de fato em favor de juízos analíticos, pela fenomenologia e pelo empirismo humeano, o qual promove a crença a objeto próprio da experiência.

compormos uma modalidade de pragmática das instituições livres. Com relação à segunda objeção devemos aproveitar a referência à história das instituições, mas não enquanto referência descritiva de feitos, mas enquanto modos de atualização de crenças na vida pública.

Se tomarmos a crença, em sua centralidade, para investigar o conceito de liberdade, deparamo-nos com a pluralidade de definições acerca do termo crença; para evitar dissipação de opiniões aproveitamos a investigação de Fernando Gil sobre o fenômeno da crença. As crenças podem ser divididas em crenças ordinárias, convicções e evidências⁴. De maneira que a crença ordinária pode ser descrita enquanto confiança necessária no mundo para que se possa conduzir a vida comum, de modo que não colocamos em dúvida a dureza da parede, a dor proveniente de uma longa queda ou o som emitido por nossas vozes⁵.

A convicção é próxima do invisível e distante do visível, se nos fosse permitido brincar com essas duas palavras, a convicção demanda uma certa

⁴ A organização das crenças nessas três modalidades é extraída da leitura sistemática da obra de Fernando Gil. Mas não encontraremos essa enunciação tripartida em nenhum de seus textos, de modo que nos valem subsidiariamente dessa organização eloqüente para compreender o fenômeno da crença.

⁵ As Meditações de Descartes podem ser apresentadas enquanto um exemplo de ato de desconfiança sobre as crenças ordinárias, para fundar uma consciência que ao pensar utilize apenas termos puros, absolutamente distantes da dúvida.

confiança no absurdo ou no resultado da alucinação⁶. Podemos dizer que são objetos de convicção conceitos como os de soberania, liberdade ou equidade. A convicção não é importante para a condução da vida ordinária, mas é fundamental para a organização da vida pública, na convicção vemos o claro vínculo existente entre atividade conceitual e instituições políticas. Ainda que a experiência dos conceitos, que se relacionam com as instituições, demandem uma teoria da crença, a vida pública nos permeia com sentido, pois a alucinação que a fundamenta é absolutamente compartilhada, na esfera do jogo e do absurdo. Se invocarmos a filosofia de Hume com a sua noção de delírio é salutar fazer uma distinção entre o delírio⁷ e a alucinação. Se por um lado à alucinação – tendo o absurdo como a arte de compor conceitos sobre crenças – é absolutamente produtiva, pois se relaciona com as crenças fundadoras das instituições, por outro lado o delírio se pretende uma atividade conceitual, mas possui como referência apenas a própria atividade de feitura do conceito. Sendo uma instância auto-referente. Não façamos juízos acerca da importância do delírio ou da alucinação ambos são fundamentais para o pensamento, contudo para criação de conceitos políticos e para os modos de exercício de sua assunção, a alucinação mostra-se mais adequada.

⁶ Fernando Gil. *La Conviction*. p. 241

⁷ David Hume. *Treatise of human nature*. p. 75

A evidência, por outro lado, sendo o mais fascinantes atos de crença, não será objeto desse artigo, pois se constitui no sujeito e não necessariamente na relação sujeito e vida institucional. Em epistemologia dizemos que a evidência é da ordem *epistêmica* e não da ordem dos mandamentos *epistemológicos*. De modo que o interesse direto pela evidência não se manifesta na investigação que ensejamos promover. Indiretamente a evidência pode ser convocada, em outros estudos, para tratar do sujeito formador da instituição.

As linhas que se seguem devem ser interpeladas na chave da alucinação. Com efeito, para que a liberdade possa ser constituída enquanto um direito moral mínimo e; conseqüentemente, nos permitir pensar o conteúdo mínimo do direito natural, deve ser compreendida pelo discurso da alucinação: aquele que diz o absurdo, contrapondo-se ao discurso do delírio, aquele que vê e diz a verdade. De certa forma, nas linhas que se seguem, o confronto entre céticos e dogmáticos é mantido, posicionamos o cético do lado da alucinação, tendo em vista que estabelece discursos admitindo a presença do absurdo e da falibilidade de suas proposições, e colocamos o dogmático do lado do delírio, na medida em que não hesita na proposição da verdade e não possui, como marca distintiva de suas sentenças, a necessária presença da possibilidade do erro.

Alucinação e liberdade: o direito moral mínimo

Tradicionalmente compreendemos as principais correntes do pensamento político e jurídico como sendo oposição radical entre partidários do direito natural e adeptos do direito positivo⁸. Hart evidencia o porquê dessa oposição poder ser interpretada como enganosa em uma série de pontos. Por isso escreve *Are there any natural rights?* em 1955 um texto que julgamos paradigmático tanto para a história da filosofia política quanto para a filosofia do direito. Não julguemos que Hart seja condescendente com a tradição do direito natural e as pretensões de encontrar ou na razão ou na natureza a justiça⁹, mas compreende de que modo à aplicação positiva da lei – e por positividade devemos entender a desconfiança acerca dos juízos metafísicos – pode se valer de uma determinada concepção de direito moral ou direito natural.

Quando lemos o título desse artigo podemos ser tomados por uma certa dose de curiosidade acerca do significado do *mínimo* ao qual nos referimos. Para tanto devemos fazer um retorno historiográfico na bibliografia do autor. Hart inaugura o termo direito moral mínimo no supracitado artigo e quando de sua obra principal, *The concept of Law* utiliza a expressão conteúdo mínimo do direito natural¹⁰. Essas duas aplicações são distintas, mas complementares, vejamos o

⁸ H.L.A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 49

⁹ H.L.A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 49

¹⁰ *The concept of law*. p. 193

porquê. Quando Hart disserta sobre o direito moral mínimo, está ensejando uma alternativa teórica para inserir o tema da liberdade nas discussões políticas e jurídicas da segunda metade do séc. XX. E quando disserta sobre o conteúdo mínimo do direito natural, objetiva a caracterização de limites contra os quais a regra jurídica não pode ser estabelecida, sob pena de atentado aos caracteres formadores da natureza humana. A opção de Hart faz com que o conceito de liberdade se faça necessário e inafastável do mundo contemporâneo. Poderíamos pensar que o retorno contemporâneo ao tema da liberdade recoloca a temática metafísica para o fundamento da política e do direito, mas enxergamos de outra forma, a temática da liberdade sendo lida pela chave do absurdo, permite que temas concernentes à natureza humana sejam recolocados em pauta, ao mesmo tempo em que, pela assunção do conceito de alucinação, retorna ao debate público com a marca da falibilidade, do experimentalismo nos assuntos que permeiam a temática da instituição. Hart, da mesma forma com que abriu espaço para discussões possíveis sobre a liberdade, não permitiu que a metafísica transcendente ganhasse espaço.

No *The concept of Law* o conteúdo mínimo do direito natural¹¹ envolve os limites de atuação das regras de direito, sob pena de serem inócuas a qualquer sociedade. Podemos definir como conteúdo mínimo do direito natural de acordo

¹¹ The concept of law. p. 193

com as seguintes características da natureza humana e sua relação com a vida pública: a. a vulnerabilidade humana deve ser caracterizada enquanto um limite para as regras jurídicas; b. o fato de que existe igualdade aproximada entre as capacidades físicas e intelectuais dos seres humanos também é um fator de limitação e direcionamento para as regras; c. as regras jurídicas não podem ser estabelecidas sem a consideração de que o nosso altruísmo é limitado e d. as regras jurídicas devem levar em consideração o fato de que todos os recursos são escassos. O conteúdo mínimo do direito natural Hart consegue delimitar, sem metafísica, quais elementos devem estar presentes para que possamos começar a falar sobre o direito. Então, surge-nos uma questão, por que o direito moral mínimo e o direito natural mínimo são complementares? São na medida em que podemos conciliar os requisitos mínimos para existência de regras com a opção teórica de alcançar uma sociedade que tenha na liberdade o seu fator mais característico. A complementaridade está no fato de que sociedades livres são menos afeitas à redução dos homens a estados que não podem ser considerados como pertencentes à humanidade. Os oponentes dessa concepção poderiam objetar que plúrimos são os Estados livres onde a desigualdade é brutal. A essa questão responderíamos que a liberdade nada possui que ver com a desigualdade, na medida em que podemos ter um estado igualitário, mas sem liberdade política; da mesma forma a liberdade política não enseja a presença necessária da igualdade. O

que Hart defende é que podemos assumir a liberdade como um quesito interessante para nortear as nossas sociedades.

Dessa forma, podemos dizer que a tradição do direito natural é bastante criticada na obra de Hart, entretanto não é olvidada, na medida em que consegue traçar um diálogo prolífico com sua temática principal, a saber, possíveis limitações de natureza que norteiam a feitura de regras jurídica, extraindo dela possibilidades de se pensar a liberdade e o direito; sem o apego a teses metafísicas. Hart não deixa de ser um positivista, mesmo que aceite as teses de direito moral mínimo e do conteúdo mínimo do direito natural, em nenhum momento olvida a necessária distinção conceitual existente entre juízos morais e questões de direito.

Hart inicia a discussão de *Are there any natural rights?* com a seguinte formulação hipotética: se existe qualquer direito moral, esse, em última instância é o igual direito de todos homens serem livres¹². Nessa medida, não afirma a existência de um direito natural, mas realiza um argumento completamente

¹² Hart, *Are there any natural rights?* p. 175 “I shall advance the thesis that if there are any moral rights at all, it follows that there is at least one natural right, the equal right of all men to be free. By saying that there is this right, I mean that in the absence of certain special conditions which are consistent with the right being an equal right, any adult human being capable of choice (1) had the right to forbearance on the part of all others from the use of coercion or restraint against him save to hinder coercion or restraint and (2) is at liberty to do (i.e., is under no obligation to abstain from) any action which is not one coercing or restraining or designed to injure other persons”.

diferente do empreendido pelos filósofos da tradição do direito natural, qual seja, pressupõe um ponto hipotético e sobre ele realiza considerações¹³.

Com efeito, se observamos o encadeamento dos conceitos utilizados por Hart, percebemos que não adere a qualquer tese metafísica, chegando mesmo a criticá-las; mas opta por um direito moral¹⁴. Essa opção – podemos dizer que é arbitrária em um primeiro momento – realiza um todo razoável e lógico¹⁵. Pensamos que de um modo geral Hart concorda com as críticas realizadas por Bentham aos direitos naturais. Tendo em vista que em seu argumento não defende a existência de direitos morais, mas assume a hipótese de um que seja razoável. Da mesma forma como para Bentham a idéia de direitos anteriores ao estabelecimento do governo é bastante abstrusa para Hart¹⁶.

¹³ Hart, *Are there any natural rights?* p. 175

¹⁴ Hart, *Are there any natural rights?* p. 175

¹⁵ Por razoável e lógico devemos entender as justificativas dadas por Hart para a escolha da liberdade como único direito moral, assim como, a impossibilidade de outros direitos morais subsistirem na mesma esfera hierárquica da liberdade.

¹⁶ Jeremy Bentham, *Anarchical fallacies*, p. 52. “...there are no such things as natural rights – no such things as rights anterior to the establishment of government – no such things as natural rights opposed to, in contradistinction to, legal: that the expression is merely figurative; that when used in the moment you attempt to give the literal meaning it leads to error, and to that sort of error that leads to mischief – to the extremity of mischief.” Sobre esse tema ver também Hugo Adam Bedau, *Anarchical fallacies: Bentham's attack on Human Rights*, p. 140-144.

Uma vez que o argumento utilizado opta por salientar a liberdade como único direito moral razoável, devemos observar que os outros direitos morais, usualmente elencados pelos teóricos do direito natural, não são habilitados¹⁷. Sendo assim, Hart não está a dizer, *ab initio*, que a liberdade não pode ser limitada, mas está dizendo que uma vez limitada, em seus fundamentos, deve sê-lo para todos.

Outrossim, não habilita todo e qualquer direito moral quando fixa a liberdade como o ponto axiomático. Mas objetiva dar sentido a um determinado conceito de direito moral¹⁸. Devemos indicar que a liberdade uma vez escolhida como ponto fundamental inviabiliza todo e qualquer direito moral, ou seja, em nosso esquema hipotético não podemos dizer que a propriedade seja um direito moral ou que o direito de ir e vir o seja, por isso dizemos: uma vez escolhida a liberdade, todo e qualquer direito moral estará inviabilizado, pois todos limitam o direito moral de ser livre¹⁹. Com isso não estamos dizendo que a moralidade deixe de existir, isso seria um absurdo, mas que não pode ser a pedra fundamental da ordem política ou jurídica. Direito moral apenas um, qual seja, a liberdade, direitos são plúrimos, mas todos são salvaguardas ou limitações da liberdade.

¹⁷ O exemplo mais comum é a propriedade.

¹⁸ Hart, Are there any natural rights? p. 176

¹⁹ Hart, Are there any natural rights? p. 176

Como veremos adiante apenas os direitos especiais e os direitos gerais podem limitar a liberdade de alguém, o primeiro fundado em relações ou transações específicas entre pessoas e o segundo fundado num desejo de não ver a minha liberdade limitada sem uma justificação.

Of course it is obvious that my thesis is not as ambitious as the traditional theories of natural rights; for although on my view all men are equally entitled to be free in the sense explained, no man has an absolute or unconditional right to do or not to do any particular thing or to be treated in any particular way; coercion or restraint of any action may be justified in the special conditions consistently with this general principle. So my argument will not show that men have any right (save the equal right of all to be free) which is “absolute”, “indefeasible”, or “imprescriptible”.²⁰

O argumento formulado indica que ao contrário de todo o rol tradicional do direito natural, cuja tradição é vastíssima, existe um direito que é em seus fundamentos e conceitualmente mais importante do que os outros²¹. Mais importante, pois como aventamos, da possibilidade de escolher não podemos

²⁰ Hart, Are there any natural rights? p. 176

²¹ Hart, Are there any natural rights? p. 176

prescindir, enquanto que da propriedade podemos²². Essa impossibilidade de prescindir é fundada numa determinada concepção de determinismo, o que é fundado na noção de escolha. Com efeito, para Hart podemos dizer que os homens são determinados pela faculdade de escolher. Podemos escolher não ter propriedade, podemos optar por não trabalhar, mas não podemos escolher não escolher²³.

Em última instância o fundamento da liberdade está marcado em uma dupla articulação, a inexorabilidade da escolha e a possibilidade de fazer até alcançar a liberdade de outrem. Com efeito, é através dessa inexorabilidade que a liberdade pode e deve ser limitada, tendo em vista que se todos potencializam as suas liberdades ao máximo, logo atentarão contra a minha liberdade e contra a boa organização da vida pública, assim, opto por limitar a minha própria liberdade – se consigo compreender os princípios da vida social – ou sou obrigado pela lei a fazê-lo.

Dessa maneira, a liberdade como o direito moral, a ser destacado num exemplo hipotético, onde admitimos coisas tal como direitos morais; deve ser fundamentada pela nossa impossibilidade de deixar de escolher, assim como, o direito moral a liberdade não é passível de qualquer movimento de voluntariedade

²² Hart, Are there any natural rights? p. 176

²³ Hart, Are there any natural rights? p. 176

acerca dele, o que significa dizer: não podemos deixar de escolher, da mesma forma como não podemos optar em não escolher. Todos os outros direitos tidos como morais são passíveis de voluntariedade quando olhamos a tradição do direito natural, por exemplo, quando pensamos no direito a propriedade podemos fazer o movimento voluntário de não desejar a propriedade. Isso não pode ser feito com a liberdade. Assim, a linha conceitual a ser seguida deve ser: Voluntariedade, liberdade e possibilidade de direitos.

Em um cenário onde a confirmação da jurisprudência analítica²⁴ é o que se deseja, não é difícil de imaginar que o movimento operado por Hart acaba por culminar numa crítica ao direito natural, mesmo que incidente²⁵. O que vale dizer que não promove combate ao direito natural dentro de seus pressupostos, mas indicando que mesmo que adotemos os pressupostos jusnaturais chegaremos ao mínimo denominador comum da liberdade²⁶.

²⁴ O termo jurisprudência analítica nada tem a ver com a escola filosófica analítica. Significa dizer que se assume a possibilidade de uma narrativa ideal sobre o direito, no sentido de descrevê-lo de modo sistemático e conceitualmente harmônico. Evidente que a jurisprudência analítica não parte do dado sociológico da dominação. Todas as ciências possuem uma descritiva ideal que as constituem enquanto tal; no caso da ciência política descrevemos as instituições, na jurisprudência descrevemos o fenômeno normativo.

²⁵ Hart, Are there any natural rights? p. 177

²⁶ Hart, Are there any natural rights? p. 177

Podemos observar socialmente coisas como um sistema moral. Todavia, nunca esse sistema moral vai ser estruturado em termos de legalidade e ilegalidade, mas será engendrado em termos de ações boas ou ações ruins, certas ou erradas e tolas ou não²⁷. Não é difícil imaginar uma codificação que estabeleça sanções fundadas nesse vocabulário por demais amplo. Por isso Hart vai dizer que aqueles que assumem outros direitos morais como sendo tão prementes como a liberdade, na verdade, não escolhem a liberdade, pois estabelecem um limitador *a priori*, a saber, que não depende da vontade para ser limitado²⁸.

Quando optamos pela liberdade como direito moral premente, dizemos que não podemos deixar de escolher. Com efeito, a liberdade apenas será limitada pela nossa escolha, no sentido de não permitir que outros possuam liberdade em hipérbole. Quando nos restringimos por noções morais que não a liberdade, acabamos por esvaziar o sentido que a liberdade possui para a esfera pública. Assim, Hart afirma acerca dos sistemas morais calcados em valores amplos:

So those who lived by such systems could not of course be committed to the recognition of the equal right of all to be free; nor, I think (and this is one respect in which the notion of a right differs from other moral notions), could any parallel

²⁷ Hart, Are there any natural rights? p. 177

²⁸ Hart, Are there any natural rights? p. 177

argument be constructed to show that, from the bare fact that actions were recognized as ones which ought or ought not to be done, as right, wrong, good or bad, it followed that some specific kind of conduct fell under these categories²⁹.

Com efeito, uma das questões aventadas por Hart que nos auxilia a uma compreensão apropriada sobre as questões entre o direito e a liberdade é a extrema confusão existente em torno do vocábulo *direito*. A tradição continental claramente faz com que o conceito *droit*, *diritto* e *recht* abarque um compromisso com a moral. Tanto a jurisprudência analítica como o normativismo jurídico não aventa tal possibilidade na teoria.³⁰ Afastando a necessidade do direito ter que significar justiça e equidade.³¹ Da mesma forma a jurisprudência analítica vai afastar a concepção de *facultas agendi*³² como alguma coisa que os indivíduos possuem independentemente das convenções onde estão imersos.

Para mostrar que a vinculação entre direito e moral não é necessária Hart traz o exemplo de Emmanuel Kant. Quando vemos a *Metafísica dos Costumes*

²⁹ Hart, *Are there any natural rights?* p. 177

³⁰ Pensamos aqui na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Onde o esforço é justamente o mesmo que o de Hart em *The Concept of Law*, qual seja, lançar as bases para uma ciência do direito e uma teoria descritiva que sirva ao direito processual.

³¹ Hart, *Are there any natural rights?* p. 178

³² Direito Subjetivo

encontramos a distinção entre uma *officia iuris* e uma *officia virtutis*. A primeira dizendo respeito aos deveres externos, ou seja, aqueles com relação aos quais nós podemos legislar. A segunda concernente às finalidades que são também um dever, não sendo, portanto, passíveis de legislação. *Officia iuris* diz respeito ao direito e *officia virtutis* diz respeito à moral³³.

Dessa maneira, uma vez que adotamos o discurso do direito moral mínimo como válido, temos que elaborar como justificaremos as necessárias limitações à ação livre de regras. Sendo assim, quando adotamos a liberdade como o direito moral mínimo, podemos dizer que o discurso moral será utilizado para poder justificar a limitação à liberdade. Como podemos ver no texto de Hart:

And It is I think a very important feature of a moral right that the possessor of it is conceived as having a moral justification for limiting the freedom of another and that he has this justification not because the action he is entitled to require of

³³ “Todos os deveres são ou deveres de direito (*officia iuris*), quais sejam, deveres para os quais a legislação externa é possível, ou deveres de virtude (*officia virtutis*), para os quais a legislação externa não é possível. Deveres de virtude não são suscetíveis de estarem submetidos à legislação externa simplesmente porque eles têm a ver com um fim o qual (ou cuja posse) é também um dever. Nenhuma legislação externa é capaz de fazer alguém estabelecer um fim para si mesmo (já que isto constitui um ato interno da mente), a despeito de lhe ser possível prescrever ações externas que conduzem a um fim sem que o sujeito o torne seu fim”. Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 85

another has some moral quality but simply because in the circumstances a certain distribution of human freedom will be maintained if he by his choice is allowed to determine how that other shall act³⁴.

Nesse cenário conceitual sempre precisamos encontrar justificativas morais para limitar a liberdade de outrem. Justificativas essas deverão acontecer no sentido de proteger liberdades de serem aviltadas ou quando da feitura de acordos acerca da limitação de certas liberdades. Com efeito, *having a moral justification for limiting the freedom of another*, não significa que a jurisprudência envolva o conceito de moral, mas uma vez que adotamos a liberdade como direito moral mínimo, devemos justificar o porquê de possíveis limitações³⁵.

É preciso fazer a distinção entre a moralidade e os princípios que tornam possível se falar da moralidade. Moralidade é aquilo que é constitutivo de um determinado sistema de regras, agora, os princípios da moralidade, são as informações que nos levarão a direcionar um determinado sistema de regras. O princípio moral que vai ingerir no direito moral mínimo será o da liberdade de dizer como os outros devem agir. Na concepção de Hart o sentido tradicional de

³⁴ Hart, Are there any natural rights? p. 178

³⁵ Hart, Are there any natural rights? p. 181

direito moral é sempre uma restrição à liberdade, por isso a elaboração de um modelo hipotético onde apenas a liberdade é o direito moral pretendido:

The essential connection between the notion of a right and the justified limitation of one person's freedom by another may be thrown into relief we consider codes of behavior which do not purport to confer rights but only to prescribe what shall be done³⁶.

Vários são os códigos morais encontrados na vida social, mas nenhum deles é capaz de atribuir direitos morais – uma vez observados segundo o modelo hipotético cunhado por Hart – na medida em que o único direito moral é o igual direito de sermos livres. O decálogo é um código moral. Mesmo que em larga medida as suas determinações encontrem similitudes na lei, não possui o estatuto de *direito*, mas apenas a identificação como código moral útil à vida social. O direito é sempre uma regra marcada pelo reconhecimento social colocada por uma autoridade soberana temporal³⁷.

Dessa forma, o que significa dizer que *x, y ou z* possuem um direito? Dizer que alguém possui um direito é indicar que caso a sua liberdade seja limitada, tal

³⁶ Hart, Are there any natural rights? p. 182

³⁷ Hart, Are there any natural rights? p. 182

deve ser feito mediante algum mecanismo de justificação. Os mecanismos de justificação para se limitar à liberdade se dividem em: a. justificação especial para limitar a liberdade de outrem e b. exigência de que a limitação de liberdade de outrem seja sempre precedida de justificação³⁸.

Esses dois mecanismos são logicamente auto-implicativos, na medida em que; quem limita a liberdade o faz com relação a alguém que deseja que a limitação seja justificada³⁹. Para tanto o exemplo mais interessante está contido na expressão *I have a right to say what I think*⁴⁰. Com efeito, o fato de alguém dizer que possui *um direito* está significando que possui meios de justificar e defender a ação pretendida, da mesma forma, se for limitado desejará receber justificativas à altura da sua pretensão de agir⁴¹. Sendo assim, tenho o direito de dizer o que penso, a não ser que outrem tenha uma justificativa aceitável para limitar o meu direito de proferir minhas idéias⁴².

Dessa forma, se qualquer pessoa em nossa vida pública desejar limitar o meu direito de proferir as minhas idéias livremente, deverá reunir um sólido conjunto de justificações sociais. Tais justificativas podem se dar em dois grandes

³⁸ Hart, Are there any natural rights? p. 182

³⁹ Hart, Are there any natural rights? p. 183

⁴⁰ Hart, Are there any natural rights? p. 183

⁴¹ Hart, Are there any natural rights? p. 183

⁴² Hart, Are there any natural rights? p. 183

conjuntos conceituais. De um lado temos o conceito de *Special Rights*⁴³ e de outro a noção de *General Rights*⁴⁴.

4.3.1 Direitos especiais e direitos gerais

Para abordar essa distinção iremos inicialmente diferenciar os conceitos de modo específico para que possamos tornar o argumento mais complexo do ponto de vista conceitual, mas mais simples de ser compreendido. Assim, adiantando o problema que nos deterá nas próximas páginas, informamos que *Special Rights*⁴⁵ diz respeito a uma justificativa para se limitar à liberdade de alguém, enquanto a noção de *General Rights*⁴⁶ é utilizada sempre em sentido defensivo. Assim, antes que a minha liberdade seja ameaçada lanço mão de proteção normativa fundada no risco de ocorrência de alguma interferência injustificada na minha liberdade⁴⁷.

A definição de *direitos especiais* passa pela noção de que são provenientes de uma relação especial entre pessoas ou de uma transação específica entre

⁴³ Hart, *Are there any natural rights?* p. 183

⁴⁴ Hart, *Are there any natural rights?* p. 187

⁴⁵ Hart, *Are there any natural rights?* p. 183

⁴⁶ Hart, *Are there any natural rights?* p. 187

⁴⁷ Traduziremos a partir desse ponto *Special Rights* como direitos especiais, tendo em vista que provém de relações especiais e *General Rights* como direito gerais, pois são formulações genéricas sobre liberdades que não desejamos que sejam violadas.

particulares. Nessa relação ou transação especial teremos sempre dois pólos: a. quem exerce o direito e b. que arca com as obrigações.

When rights arise out of special transactions between individuals or out some special relationship in which they stand to each other, both the persons who have the right and those who have the corresponding obligation are limited to the parties to the special transaction or relationship⁴⁸.

O exemplo paradigmático dos direito especiais é a *promessa*. Momento onde alguém diz que realizará determinada ação em vista de outrem. A parte que receberá a ação não tem qualquer ingerência acerca do conteúdo da promessa, sendo assim, a parte que promete assume a obrigação de realizar algo, e a outra, mesmo que não emitindo juízo sobre a ação, poderá exigir a ação prometida; tendo em vista que detém o direito correlativo à obrigação assumida⁴⁹.

Quando a anuência deve ser emitida pelos dois pólos, observamos que não mais temos uma promessa, mas um *acordo*, esse é a segunda figura dos direitos especiais, pois depende de uma relação especial onde às vontades são convergentes; de maneira correlacionada as partes assumem direitos e obrigações.

⁴⁸ Hart, Are there any natural rights? p. 183

⁴⁹ Hart, Are there any natural rights? p. 184

Entretanto, o ato de assumir, pelo acordo, direitos e obrigações, não é estanque, na medida em que ambas partes assumem tanto direitos como obrigações. Se compactuarmos de que eu deverei entregar uma jaca em um determinado lugar, eu tenho o direito de depositar a jaca, assim como, a obrigação de entregá-la, e, na mesma medida, a pessoa com quem pactuei poderá exigir a jaca e terá a obrigação de me permitir entregar⁵⁰.

Tanto a promessa quanto o acordo são exemplos de direito especiais que decorrem da manifestação de vontade das partes. Todavia, não só da emissão de vontade deliberada é formada a categoria dos direitos especiais. Podemos citar um tipo de limitação denominado *restrições mútuas (mutuality of restrictions)*⁵¹.

As restrições mútuas podem ser encontradas, sobretudo na vida política; com a figura da obrigação de zelo que os homens possuem frente à esfera pública que habitam. A distinção do acordo e da promessa agora se faz mais gritante, pois tanto um quanto o outro acontece na esfera privada da emissão de vontade. No caso das restrições mútuas estamos situados na esfera pública e sua exigência de uma vida mais aprazível⁵².

⁵⁰ A opção por um exemplo tão pouco usual não é gratuita. Tendo em vista a proporção da fruta citada podemos vislumbrar a necessidade de seguir o pacto acordado. A conveniência acontece no momento de fixação do acordo, após, deve ser seguido.

⁵¹ Hart, Are there any natural rights? p. 185

⁵² Hart, Are there any natural rights? p. 185

Em âmbito social acabamos por obedecer determinadas regras, simplesmente porque é melhor obedecer do que ignorar, na medida em que seguir a regra sem um questionar gera menos aborrecimento e trabalho do que a interpelação. A explicação do sentido das limitações mútuas se dá previamente a qualquer cálculo do prazer feito por um juízo utilitarista. Antes mesmo de julgar se a ação vai maximizar o meu prazer ou a potencialização do prazer público, abstenho-me de levar uma ação a cabo, na medida em que a obediência é menos custosa do que a desobediência:

In social situations of this sort (of which political society is the most complex example) the obligation to obey the rules is something distinct from whatever other moral reasons there may be for obedience in terms of good consequences (e.g., the prevention of suffering); the obligation is due to the co-operating members of the society as such and not because they are human beings on whom it would be wrong to inflict suffering. The utilitarian explanation of political obligation fails to take account of this feature of the situation both in its simple version that the obligation exists because and only if the direct consequences of a particular act of disobedience are worse than obedience, and also in its more sophisticated version that the obligation exists even when this is not so, if disobedience increases the probability that the law in question or other laws will be disobeyed on other

occasions when the direct consequences of obedience are better than those of disobedience⁵³.

O assentimento que se dá a determinadas obrigações políticas, na maioria das vezes, não advém de um juízo racional que se filia a elas, mas da compreensão que ao consentir e obedecer não será interpelado. Nesse sentido é estabelecida a crítica que Hart engendra contra os teóricos do contrato social⁵⁴.

Afirma que esses estruturaram o consentimento ao contrato sob a forma de uma *promessa*, é evidente que a promessa possui similaridades com as restrições mútuas (obrigações políticas) tendo em vista que são direito especiais – advém de uma determinada relação ou transação que lida com vontades direcionadas – todavia a promessa sempre localizada os direitos e as obrigações num único pólo⁵⁵.

Com efeito, não é difícil ver que esse não é o caso das obrigações políticas, da mesma forma como não é o caso do contrato, na medida em que nesse

⁵³ Hart, Are there any natural rights? p. 185

⁵⁴ Hart, Are there any natural rights? p. 186

⁵⁵ Hart, Are there any natural rights? p. 186

temos sempre uma estrutura bipolar de direitos e obrigações, onde na maioria das vezes os cidadãos obedecem para se pouparem do esforço⁵⁶ da desobediência:

The social-contract theorists rightly fastened on the fact that the obligation to obey the law is not merely a special case of benevolence (direct or indirect), but something which arises between members of a particular political society out of their mutual relationship. Their mistake was to identify *this* right-creating situation of mutual restrictions with the paradigm case of promising; there are course important similarities, and these are just the points which all special rights have in common, viz., that they arise out of special relationships between human beings and not out of the character of the action to be done or its effects⁵⁷.

Um outro *special right* é aquele que relaciona pais e filhos em posição de autoridade do primeiro com relação ao segundo. Não existe muito problema no fato do afeto e a proximidade gerar estruturas de autoridade até que o filho possa

⁵⁶ O vocábulo esforço é utilizado aqui no sentido de que não precisam encontrar uma justificação para o ato de desobedecer, assim como, não sofrem sanção no caso de não encontrar uma boa motivação para tal ato.

⁵⁷ Hart, Are there any natural rights? p. 186

julgar autonomamente; a naturalidade da autoridade nas relações parentais foi longamente analisada por Hume em seu *Tratado da Natureza Humana*.⁵⁸

O problema aparece quando as teorias de direito natural procuram fundamentar obrigações políticas através da figura do pai, i.e. um Estado que se confunde com a parentalidade. Esse recurso é absolutamente inócuo, pois para a teoria política o que vale é a idade do discernimento, então, se os homens preferem obedecer a contestar, tal é uma opção que não se confunde com a segurança dada pela figura parental⁵⁹.

O último item do exame empreendido por Hart acerca dos direitos especiais é a distinção entre esses e as liberdades especiais. Nesse caso a pessoa não possui nenhuma obrigação particular; recebendo licença com relação a qual não assume nenhuma obrigação. Assim, tendo em vista que não assume qualquer obrigação não pode exigir qualquer direito correlato. Não existindo nem duplicidade de pólos do acordo nem a unicidade de promitente da promessa⁶⁰.

Assim, a licença que atribui uma liberdade pode ser logo revogada. Sem gerar qualquer direito. O exemplo dado por Hart para ilustrar tal conceito é o do diário, eu posso lhe dar uma licença para que leia o meu diário, mas se entender

⁵⁸ Hume, David. *Tratado da natureza humana*, p. 385.

⁵⁹ Hart, *Are there any natural rights?* p. 187

⁶⁰ Hart, *Are there any natural rights?* p. 187

que devo suprimir a licença, não subsiste qualquer direito com relação à licença subtraída⁶¹.

Tratemos agora dos direitos gerais. Duas são as características principais desse tipo de direito, a primeira diz respeito à necessidade de uma justificativa moral para que uma determinada liberdade seja limitada. A segunda característica diz que no direito geral não existe qualquer relação especial. A limitação em âmbito de direitos gerais acontece segundo *defensive general rights* (direitos gerais defensivos), os quais não são contratuais, mas exclusivamente normativos para a moral. Atendendo ao axioma de que o único direito moral é o igual direito de todos serem livres, a limitação apenas acontece se a justificativa empreendida for suficiente para se entender uma limitação à liberdade⁶².

Enquanto o *direito especial* diz respeito a relações ou transações especiais entre seres humanos o *direito geral* diz respeito a uma prévia salvaguarda a possíveis limitações de liberdade sem justificações. Os direitos gerais não são direitos peculiares de quem os detém, mas são direitos de todos os homens capazes de escolher em seu igual direito de não serem limitados em sua liberdade. A obrigação correlativa de um direito geral não provém de uma relação especial, mas de uma isenção de não interferir na liberdade de outrem sem uma prévia

⁶¹ Hart, Are there any natural rights? p. 187

⁶² Hart, Are there any natural rights? p. 188

possibilidade de justificativa pública. A natureza da limitação num direito especial é diferente da limitação em direito gerais, todavia ambas possuem como fundamento a liberdade:

To assert a general right is to claim in relation to some particular action the equal right of all men to be free in the absence of any of those special conditions which constitute a special right to limit another's freedom; to assert a special right is to assert in relation to some particular action a right constituted by such special conditions to limit another's freedom. The assertion of general rights directly invokes the principle that all men equally have the right to be free; the assertion of a special right invokes it indirectly⁶³.

Este movimento teve como sustentação o projeto de Hart em *Are there any natural rights?* de construir um argumento hipotético que gerasse sustentabilidade para a existência de um direito moral, qual seja, o direito moral mínimo à liberdade. De modo que as regras jurídicas passam, através do crivo da criação conceitual e da assunção de pressupostos falíveis, a serem caracterizadas segundo um imperativo moral, a determinação da liberdade. A liberdade enquanto igual direito dos homens serem livres.

⁶³ Hart, *Are there any natural rights?* p. 188

Conclusão

Devemos, portanto, notar que o direito moral mínimo é distinto do direito natural mínimo. Enquanto o primeiro é apenas uma construção hipotética que procura dar sentido a alguma coisa denominada como direito moral, o segundo é concernente a algo que é de fato; os homens, por suas condições intrínsecas estão sujeitos a uma ordem mínima de direitos naturais. Assim, em um ordenamento jurídico real poderíamos até mesmo falar em um desrespeito ao direito moral mínimo dos homens serem livres – tendo em vista que não existe alguma coisa como um direito moral, mas o fixamos enquanto valor interessante na construção de uma sistemática legal – mas não poderíamos falar numa lei que desrespeitasse o direito natural mínimo, pois sem essas condições não nos é dado obedecer.

Acreditamos que o projeto de *O conceito de direito* não está em contradição com a idéia de um direito moral mínimo. Pela doutrina conceitual do positivismo jurídico, o conceito de lei deve estar apartado do conceito de moral, todavia podemos assumir a possibilidade de estudar o direito dessa forma, e, ainda assim, marcar que: se faz sentido falar em direitos morais, o único sustentável é o igual direito dos homens em serem livres.

A nossa leitura de Hart salvaguarda os dois conceitos de mínimo, sem que exista alguma contradição. Reforçando: a jurisprudência analítica não precisa de direito moral mínimo para ser compreendida, mas pode se valer do sentido

hipotético da liberdade como valor que condiciona os juízos jurídicos. Assim, a positividade da lei fica ainda mais resguardada, pois toda vez em que forem suscitados temas de direito moral, poderemos sustentar a falta de sentido de alguma coisa que não seja a liberdade fundada na capacidade dos homens em escolher.

Referências

GIL, Fernando. *La conviction*. Paris: Flammarion, 2000.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Are there any natural rights?* The Philosophical Review, 1955, v. 64, p. 175-191.

_____. *The concept of law*. Edited by Peter Cane, Tony Honoré and Jane Stapleton. Oxford, Oxford University Press: 1994.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Edited with an analytical index by Sir Lewis Amherst Selby-Bigge. 2nd. ed. Oxford: Clarendon Press, 1985.

_____. *An Enquiry concerning the principles of morals*. Edited by Tom L. Beauchamp. Oxford University Press, 1998.