

O Direito ao Torto *

Andrés Ollero[©]

A filantrópica generosidade, na hora de conceder direitos, figura sem dúvida entre as características mais salientes de uma atitude ‘bonista’. Dito seja o de conceder com toda a intenção, porque é precisamente a ausência de todo fundamento objetivo o que faz apontar uma operação aparentemente inócua como de generosa benevolência.

Em meus anos de parlamentar, tive ocasião de formar parte da Sub-Comissão encarregada de estudar a problemática das chamadas uniões de fato, ante a qual compareceram *experts* dos mais variados signos, assim como representantes de associações de gays e lésbicas. Tendo em conta minha – felizmente – nunca abandonada formação profissional, não perdi a ocasião de perguntar a um deles o que entendia por ‘ter direito’ a algo; toda a sua intervenção girou em torno a reivindicações desse tipo... Sua resposta transpirou ‘bonismo’: ter direito é desejar algo e alcançar um consenso social a esse respeito. Já se alcançou, pelo que parece.

O decisivo consenso não parece interessar-se muito por fundamentos objetivos ou menos ainda por teorias da justiça. Quando se pergunta se os homossexuais têm o direito a contrair matrimônio, a resposta resulta exemplarmente ortodoxa: ora, se querem...; ou seja, se o desejam, por que não! No âmbito acadêmico, a questão não é tão clara. O discurso dos direitos vem girando de modo decisivo, especialmente no entorno anglo-saxão, sobre os paradoxalmente chamados ‘direitos morais’. Somente contando com uma sólida razão moral poderíamos considerar existente um direito digno de proteção frente aos poderes públicos; quanto ao demais, serão meras concessões do

* Tradução de Alfredo de J. Flores (do Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul e do Instituto de Filosofia e Ciência do Direito – ‘Lex et Ius’).

© Universidade Rei Juan Carlos (Madri, Espanha).

poderoso, que teriam mais de vantagem conjuntural que de direito propriamente dito.

Daí arranca o provocativo debate sobre se caberia falar de um *'Right to Do Wrong'*, ou seja, de um direito a equivocarse, ao equivocado, a fazer o mal, ou inclusive em minha língua materna, o espanhol – dado o inequívoco jogo de palavras a que se acode – um *'derecho a lo torcido'* ('direito ao torto')¹.

O 'bonismo' anda de mãos dadas com o relativismo². Não é nova a afirmação de que admitir que nada é verdade ou mentira, sobretudo na hora de fazer uso do poder, seria uma exigência obrigada para frear toda tentação autoritária³. Em consequência, descartar a possibilidade de ter direito ao equivocado supõe admitir que existe um critério de verdade, assim como rejeitar o direito ao mal somente seria concebível recorrendo a uma concepção do bem.

Os princípios fundamentais do 'bonismo' jurídico.

Uma resposta afirmativa à questão nos ajudaria a identificar os elementos básicos do 'bonismo' jurídico. Sem pretensões de exaustividade, seriam eles:

1. É proibido proibir.
2. Teremos, em todo caso, direito a todo o não-proibido.
3. Não cabe impor as próprias convicções aos demais.
4. A tolerância nos exige um máximo reconhecimento de direitos, na luta contra toda discriminação.
5. Toda desigualdade implica discriminação.
6. Direitos gratuitos.

¹ Já em 1981 abre tal debate o artigo de J. WALDRON *A Right to Do Wrong*, com referências bibliográficas a R. Dworkin, J. Raz etc.; foi incluído mais tarde em seu livro *Liberal Rights*. Cambridge, 1993. Posteriormente assumirá essa sua tese A. MARMOR em *On the Limits of Rights* "Law and Philosophy", 1997 (16), pp. 4 e ss.

² V. PUIG MAS, ao assinalar como "contribuye a favorecer la causa del 'dialoguismo' la privatización de valores que está viviendo la sociedad española", assinala que "llevada a su extremo, la concepción 'dialoguista' tiene algo de relativismo". Já F. PORTERO apontará a esse respeito que o bem e o mal existem e que nem tudo é relativo – AA.VV. *El fraude del buenismo*. Madrid, FAES, 2005, pp. 14 y 52.

³ "La cuestión decisiva es si se cree en un valor y, consiguientemente, en una verdad y una realidad absolutas, o si se piensa que al conocimiento humano no son accesibles más que valores, verdades y realidades relativas". "Esta pugna de concepciones metafísicas es paralela a la antítesis de actitudes políticas: a la concepción metafísico-absolutista del mundo se ordena la actitud autocrática, así como la democracia corresponde a la concepción científica del universo, al relativismo crítico" – H. KELSEN. *Forma de Estado y Filosofía em Esencia y valor de la democracia*. Barcelona, Labor, 1934, p. 154.

Partindo deste ponto de partida, qualquer tentativa de cogitar uma alternativa ao ‘bonismo’ jurídico nos introduz por mares tempestuosos. Exploremos ligeiramente.

1. A proibição de proibir nos levaria a um anarquismo, de não poucas possibilidades lúdicas⁴, mas duvidosamente compatível com uma convivência social ordenada. Descartado um compartilhado conceito de ‘vida boa’, somente um cálculo consequencialista justificaria proibições conjunturais. O problema imediato – comum a toda tentativa de recorrer à racionalidade do mercado – será a possível existência de ‘externalidades’; ou seja, fatores que, de modo nem sempre consciente, ficam excluídos do cálculo. No que se refere ao direito, são manifestações típicas desta ‘invisibilidade’ a existência de custos sociais (por exemplo, de direito ambiental) não contemplados; ou a redução – típica de toda rejeição do ‘paternalismo’ – a uma análise das condutas de alcance individual, sem prever possíveis efeitos colaterais com repercussão coletiva: assim ocorre com a admissão do consumo de drogas, baseada no respeito à autonomia, gerando posteriores problemas de saúde pública ou de segurança cidadã; ou com a despenalização da eutanásia e a posterior proliferação de dita prática sem que chegue a constar o consentimento expresso do afetado⁵.

2. O convencimento de que temos direito a tudo o que não é proibido se apóia num conceito ‘bonista’ que identifica um direito com o mero ‘*agere licere*’ ou atuar lícito. Isso explica a generalizada crença de que, na Espanha, existe um direito ao aborto, quando em teoria o aborto continua constituindo uma conduta delitativa, sem prejuízo de que em determinadas circunstâncias resulte isenta de sanção penal. Similar crença foi colocada em relevo quando os terroristas do GRAPO em greve de fome esgrimiram um presumido direito à morte para rejeitar que eles pudessem ser alimentados pela Administração penitenciária, uma vez perdida a consciência. O Tribunal Constitucional determinou

⁴ “Una sociedad liberal ideal es una sociedad que no tiene propósito aparte de la libertad, no tiene meta alguna aparte de la complacencia en ver cómo se producen tales enfrentamientos y aceptar el resultado. No tiene otro propósito que el de hacerles a los poetas ya los revolucionarios la vida más fácil, mientras ve que ellos les hacen la vida más difícil a los demás sólo por medio de palabras, y no por medio de hechos”. “Si cuidamos de la libertad política, la verdad y el bien se cuidarán de sí mismos”. R. RORTY. *Contingencia, ironía y solidaridad* Barcelona, Paidós, 1991, pp. 79 e 102.

⁵ A isso fizemos referência em *La invisibilidad del otro. Eutanasia a debate*, *Revista Cortes Generales* 2002 (57) pp. 37-62. O ‘bonismo’ aconselharia evitar a auto-citação em razão de uma falsa modéstia; preferimos, nesta e em outras ocasiões, remeter a trabalhos em que o eventualmente interessado possa encontrar um mais detido tratamento da questão.

em bem conhecidas sentenças ⁶ que ter direito a algo implica muito mais; em concreto, a possibilidade de recorrer aos poderes públicos para eliminar os obstáculos que se opuseram a seu exercício. Para isso, seria preciso contar com justo título relativo à finalidade buscada pela ação não proibida; em resumo, cada qual é muito livre para deixar-se morrer, mas não de gerar em outros um dever, como o que obrigaria às autoridades penitenciárias a não evitar quando se pretende fazê-lo precisamente para por freio ao exercício de suas legítimas prerrogativas. Esta exigência de um justo título como fundamento de todo direito rompe obviamente com o relativismo ‘bonista’.

3. Sob a pretensão, impecável desde o politicamente correto, de que não cabe impor convicções aos demais, é latente o convencimento de que a convivência social pode desenvolver-se permitindo a cada qual que atue segundo o seu bem saber e entender. Deixando de novo à margem floridos cenários anarcóides, resulta óbvio que o direito (muito especialmente o penal) existe para que, quando alguém está convencido de que alcançar seus ideais políticos justifica a eliminação do adversário ou a geração de terror na sociedade, seja eficazmente dissuadido; ou para que aquele que considera pouco convincente não poder apropriar-se de bens a seu alcance quando as circunstâncias o favorecem, abstenha-se de roubar. O problema consistirá mais bem em decidir que proibições poderão ser impostas, que conceito de bem comum ou de vida boa poderiam justificá-las e através de que procedimentos poderemos chegar a identificá-lo.

4. A tentativa de converter a tolerância em virtude de um modo mais ‘positivo’ leva a considerar rechaçável um elemento presente em todos seus grandes teorizadores, desde Locke ou Voltaire a Popper ou Marcuse: a tolerância, somente cabe exercê-la frente a um comportamento rejeitável ou a uma opinião equivocada ⁷. O contrário leva a apagar a fronteira entre pretender que a conduta ou opinião seja tolerada (por via de objeção de consciência, por exemplo) e a existência de um direito a realizá-la ou expô-la; isso nos levaria paradoxalmente a uma convivência regulada por exortações morais e não por preceitos jurídicos. A tolerância se move fora do marco da justiça – por isso não é de estranhar que sua confusão tenha também efeitos perversos similares

⁶ As STC 120 e 137/1990 e a 11/1991, as quais me ocupei em Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución. Madrid, Rialp, 1994.

⁷ Sobre o particular, com uma maior amplitude, Tolerancia y verdad em Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista. Pamplona, Eunsa, 2005. pp. 71-112.

aos que surgem quando se confundem justiça e caridade: são cogitados como gestos de tolerância (por exemplo, a respeito dos imigrantes legais) o que não seria senão um obrigado reconhecimento de um direito. Uma vez mais, a existência de um justo título marcaria a fronteira entre um e outro campo, ficando o âmbito da tolerância vinculado ao possível respeito que em todo caso seria merecedor o autor da conduta rechaçável.

5. É óbvio que nem toda desigualdade implica discriminação. O Tribunal Constitucional espanhol somente reconhece a sua existência quando se trate de desigualdades de trato, faltas de “fundamento objetivo e razoável”⁸, o que põe de novo em questão o relativismo ‘bonista’, que haveria de negar possível fundamento a qualquer desigualdade.

6. Por debaixo da orgia de direitos, própria do ‘bonismo’, é latente a convicção de que os direitos são gratuitos, até em três acepções.

A primeira, já analisada, brotaria de sua falta de fundamento objetivo; bastaria uma generalizada atitude indiferente, por parte daqueles que não são conscientes de, em que medida, a conduta em questão pode chegar a afetar-lhes, para contar com o consenso oportuno para qualquer desejo arbitrário, por não fundado.

A segunda leva a ignorar que todo direito gera um dever, pelo que acaba sendo gravoso para outro; daí que despenalizar a eutanásia implique incluir o dever de cooperar ao suicídio entre os ingredientes da práxis médica, com a conseguinte regulação da objeção de consciência precisamente como exceção a tão óbvio dever.

Por último, a gratuidade dos direitos surge do convencimento de que operam grátis. Isso explica porque, enquanto o debate sobre a possível despenalização do aborto foi particularmente tenso entre nós, espanhóis, não houve questionamento sobre o seu financiamento público. Estas atitudes são típicas do cidadão que considera que o dinheiro que gasta o Estado é sempre alheio; postura facilitada pelo caráter clandestino da imposição indireta, que leva boa parte da população a não estar preocupada com o que se faz com um dinheiro que não é consciente de ter aportado. Esta falta de consciente referência à justiça distributiva se converte facilmente em convite à xenofobia quando se rompe o espelhismo. A lista de espera na existência sanitária recorda que se administram recursos limitados e que não é possível ampliar sua oferta sem que isso acabe

⁸ Ver, por exemplo, suas resoluções sobre a desigualdade de trato para com a mulher, que tive ocasião de estudar em Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

afetando também aos que a demandam. Seria pouco razoável surpreender-se logo com o resultado de mais de um referendo celebrado em países em que a Europa não se vê cercada pelo ‘bonismo’ limítrofe na beataria próprio da circunstância espanhola.

A dupla linguagem do ‘bonismo’ na teoria jurídica.

À luz destes princípios, é lógico que o ‘bonismo’ deixa a sua pegada na própria teoria jurídica. Seu motor será paradoxalmente o horror, não falta de motivos, ante a possibilidade de que alguém pretenda fazer uso do direito para fazer bons aos demais. Assim ocorre quando se defende, para preservar uma “ecologia moral”, a proibição jurídica do “vício sexual não-comercial” (fornicação ou adultério), apelando a que não existe “um princípio estrito de justiça” que a exclua⁹.

Será postulada como alternativa uma presumida neutralidade moral das normas jurídicas, esquecendo o sábio ditame do toureiro de Córdoba: o que não pode ser, não pode ser, e ademais é impossível. Ao final, encontrar-nos-emos com que – como no caso do imaginativo ‘matrimônio homossexual’ – recorre-se ao direito para suscitar uma peculiar indulgência plenária pelo civil, com a esperança de alcançar assim, à margem de todo objetivo propriamente jurídico, que a sociedade deixe de considerar imorais determinadas relações. Objetivo que é, ainda mais, de problemático cumprimento. Sirva de prova o vivo debate sobre se a chamada pílula do dia seguinte tem ou não efeitos abortivos, do que somente cabe deduzir uma clara conclusão: a sociedade segue considerando imoral o aborto, despenalizado ou não.

Esta inconfessada utilização do direito para modificar a moral social choca por sua vez com a principal exigência do ‘bonismo’ teórico-jurídico: a rejeição de um jusnaturalismo, suspeito de confessional, e a obrigada opção pelo positivismo jurídico como expressão suprema daquilo que é academicamente correto. Dar por bom que somente o direito posto é direito não me parece que apresente tantos problemas como tentar pôr-se de acordo sobre que entenderemos por direito posto. A situação acaba beirando à comicidade.

O positivismo se apresenta como uma teoria meramente descritiva do direito que é, renunciando assim a estabelecer normativamente como deve ser. Mas quando analisa o comportamento dos juízes, não pode

⁹ Cfr. por exemplo R. P. GEORGE. Para hacer mejores a los hombres. Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002, p. 208.

ocultar que acabam utilizando elementos não juridicamente ‘postos’, aos quais qualificará de ‘morais’. Conclusão: o afã por limitar-se a descrever o jurídico acaba descrevendo como os seus principais protagonistas, na maioria das vezes, não aplicam direito. Paradoxal ‘descrição’ do inexistente; mais própria de uma teoria dogmaticamente normativa, obrigada a reconhecer que os juízes com frequência não têm mais remédio que passar do que ela mesma decidiu entender por direito...

As manifestações deste forçado paradoxo serão contínuas em todos aqueles que não se arriscam a evitar os imperativos do ‘bonismo’ jurídico. Valham duas histórias recentes.

1. Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, celebrado em Granada na última semana de maio de 2005; Robert Alexy ressuscita – por ocasião do juízo aos “vopos” que deram morte a alemães orientais que tentavam saltar o muro – a chamada fórmula de Radbruch. Como é sabido, este em pleno Pós-guerra arquiva seu relativismo e reconhece, ante a experiência nazista, a possibilidade de uma “antijuridicidade legal” e a existência de um “direito supralegal”. Alexy afirmará também agora que “a injustiça extrema não é direito”¹⁰. Para mais de um dos participantes, sua postura supera em jusnaturalismo à de Tomás de Aquino; seu autor, contudo, para não desafiar o ‘bonismo’ jurídico, a qualificará polidamente de ‘não-positivista’.

2. Conferência de clausura do curso sobre “Poder Judiciário e jurisdição numa sociedade global” em 9 de junho de 2005, na madrilenha sede do Conselho Geral do Poder Judiciário. O penalista Winfried Hassemer, Vice-presidente do Tribunal Constitucional Federal de Alemanha, disserta sobre “O Direito penal nos tempos das modernas formas de criminalidade”. Mostra sua preocupação ante a repercussão negativa sobre as garantias de direitos que derivam da primazia da segurança ante a ameaça terrorista. A proteção de dados pessoais, por exemplo, pode converter-se em papel molhado.

A solução que propõe cumprirá exemplarmente as exigências do ‘bonismo’ jurídico. É preciso admitir que existem exigências jurídicas acima das postas na lei; convida inclusive a não descartar a existência de elementos inconstitucionais dentro da própria Constituição. Isso sim, não subscreverá nenhuma possível fundamentação objetiva de tais exigências. Ou seja, que temos fundamento para dar por existente um

¹⁰ R. ALEXY. Acuerdos y desacuerdos. Algunas observaciones introductorias em Derecho y justicia en una sociedad global, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez” (Granada) maio 2005, p. 697.

direito suprapositivo, sob condição de que não pretendamos atribuir-lhe fundamento. Nada novo debaixo do sol ‘bonista’: a obrigada renúncia a fundamentar os direitos fundamentais.

A alusão a Guantánamo não faltou em sua exposição; mas, dentro de sua fórmula, não haveria modo de afirmar que toda tortura é antijurídica em si mesma. A conclusão prática do ‘bonismo’ levará inevitavelmente a perguntar como cabe torturar sem vulnerar a Convenção de Genebra. Tampouco se poderá excluir coerentemente o turismo jurídico destinado a trasladar os interrogatórios de presumidos terroristas a países a cuja cultura é alheia a garantia dos direitos. Isso sim proclamará por sua vez ‘urbi et orbi’ o princípio de ‘justiça universal’, que permitiria processar desde a Audiência Nacional de Espanha a quem o ‘bonismo’ considere oportuno de forma exemplar.

‘Bonismo’: algo mais que uma estratégia política oportunista.

É fácil fazer o ditame de que o ‘bonismo’ político encerra uma estratégia política oportunista, capaz – ao menos em curto prazo – de garantir a manutenção do poder sem abordar os árduos problemas existentes; e inclusive inventando irresponsavelmente alguns inexistentes, mas sem imediatas conseqüências avaliativas.

Considero, entretanto, que seria pouco inteligente e duvidosamente honesto ignorar que, como toda falsa promessa, só funciona com a soterrada colaboração de suas vítimas. O êxito do ‘bonismo’ político seria impensável sem o eficaz acompanhamento de uma generalizada ética ‘bonista’, fiel reflexo do ‘pensamento débil’ (*‘pensiero debole’*) e de seus complexos politicamente corretos.

Dessa ética haveria que considerar que participamos (seria pouco ‘bonista’ excluir-me...) toda a boa gente, que demonstra sua bondade renunciando a sugerir que possa existir algo que é mau em si, já que isso nos exigiria perversamente fundamentar o bem.

Esta atitude explica o puritano ‘pós-jusnaturalismo’ das mais exitosas tentativas ‘bonistas’ de regresso ao bem comum. Refiro-me à ‘justiça política’ de John Rawls¹¹ ou ao ‘patriotismo constitucional’ em sua versão habermasiana. Aspira-se a oferecer uma ética pública objetiva

¹¹ Para J. RAWLS, uma “concepção política” contém “princípios substantivos de justiça” e “orientações de indagação”; daí que “os valores políticos sejam de dois tipos”: “os valores da justiça política” relacionados com a “estrutura básica”, como a igualdade social ou a reciprocidade econômica, e “os valores do bem comum”, “os valores da razão pública”, que incluem razoabilidade e civildade – *El liberalismo político*. Barcelona, Crítica, 1996, p. 259.

sem incorrer em fundamentações metafísicas. Ao primeiro, ser-lhe-á objetado que casualmente suas propostas acabam coincidindo suspeitamente com a da esquerda liberal norte-americana da que era principal referente; ao fim e ao cabo, nada mais lógico que considerar racional e óbvio o que alguém pensa... O de Habermas tem maior mérito. Trata-se de defender uns valores constitucionais fazendo abstração da cultura hegemônica¹²; como possa resolver-se em tais circunstâncias a polêmica francesa sobre o véu islâmico, ou em que possam consistir os valores da Constituição espanhola, desvinculados de nossa própria cultura, é todo um mistério. Ninguém garante que ser ‘bonista’ exija sabedoria nem rigor.

O direito ao reto como alternativa ao ‘bonismo’ jurídico.

‘Bonismos’ aparte, haveria de reconhecer que não cabe conviver sem mais cobiça que direitos sem fundamento, ou sem outros que os emanados da vontade do que assume o poder. Entender os direitos como limites do poder, presumido eixo central da cultura jurídica desde o último Pós-guerra, exige vinculá-los a uma teoria da justiça; assunto distinto é que possa alguém tê-la guardado em caixa-forte ou arquivado na sacristia.

Todo direito implica um ‘ajuste’¹³ de relações. Este somente se consegue ponderando as exigências do livre desenvolvimento da personalidade com as derivadas do respeito ao outro como um igual. Como repete sem cessar o Tribunal Constitucional espanhol, não há “direitos ilimitados”, pela simples razão de que nem a liberdade nem a igualdade ilimitadas podem ser jurídicas. Nem dizer que esse ajuste de liberdade e igualdade exige uma laboriosa tarefa; nela consiste precisamente toda atividade jurídica, tanto por via legal como judicial.

¹² “El ‘quid’ del republicanismo consiste precisamente en que el proceso democrático asume también la garantía para los casos en que falle o no se produzca la integración social de una sociedad cada vez más diferenciada. En una sociedad pluralista en términos culturales y pluralista en términos de concepción del mundo, esa carga no debe ser desplazada del nivel de formación de la voluntad política y de la comunicación pública para hacerla recaer de nuevo sobre el substrato aparentemente cuasi-natural de un pueblo supuestamente homogéneo. Sobre tal fachada lo único que se oculta es la voluntad de hegemonía de la cultura de la mayoría. Pero ésta he de separarse netamente de cualquier fusión con la cultura ‘política’ compartida por ‘todos’ los ciudadanos, si es que dentro de esa comunidad política han de poder coexistir y convivir con los mismos derechos otras formas de vida culturales, religiosas y étnicas”. J. HABERMAS *¿Aprender de qué historia?* em *Más allá del Estado nacional*. Madrid, Trotta, 1997, p. 180.

¹³ J. FINNIS, buscando a peça-chave do jurídico, sugere que “si se pudiera usar el adverbio ‘justamente’ (‘aright’) como sustantivo, se podría decir que su explicación primaria es acerca de ‘los justamentos’ (‘arights’) más que sobre los derechos (‘rights’)” – *Ley natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 235.

Não há nenhum direito sem um conceito do que é reto, que implica, por sua vez, uma concepção da vida boa. O 'bonismo' acaba subscrevendo, de modo inconfesso, o que – em termos informáticos – caberia qualificar de conceito de vida boa 'por defeito'. Faz apelo à neutralidade; mas não consegue superar a duvidosa neutralidade do zero. Se o coloca à esquerda, implica nulidade, o que lhe permitirá neutralizar toda proposta de vida boa alternativa; mas se para ele, coloca-o à direita, multiplicará tacitamente um peculiar conceito de vida boa capaz de conceder generosamente inclusive direito ao torto. Como opera em curto prazo, nunca se sentirá responsável pelas conseqüências.

A única alternativa real ao 'bonismo' é subscrever a coragem cívica suficiente para propor uma teoria da justiça, baseada num refletido conceito de vida boa, e exercer a paciência democrática suficiente para conseguir argumentá-la de modo convincente. Todo o contrário a resguardar-se em proclamas infundados, para não enfrentar o terrível risco de ser taxado de fundamentalista.

Realismo

Revista Ibero-Americana de Filosofia Política e
Filosofia do Direito

JUSTIÇA

Volume 1 – Número 1 – 2006/2
Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul