

JOÃO BOSCO DA ENCARNAÇÃO

Que é isto, o Direito?

Introdução à Filosofia Hermenêutica do Direito

4^a edição

2007


Hermes ou Mercúrio

Filho de Zeus e mensageiro aos mortais, possuía sandálias com asas, um chapéu alado e um caduceu, ou vara mágica, entrelaçado por cobras e coroado por asas. Protetor dos ladrões, dos malandros e, com alguma ironia, deus do comércio, dos oradores e dos escritores.

Palas Atenéia ou Minerva

Virgem padroeira das artes domésticas, deusa da sabedoria, surgiu toda armada do cérebro de Zeus, depois de ter ele engolido sua primeira esposa Metis. Era símbolo da inteligência, da guerra justa e da casta mocidade. Uma das divindades mais veneradas, dizia-se que ganhara a devoção da cidade de Atenas por haver dado a oliveira de presente à humanidade. Estabeleceu o domínio da lei e até o conceito de misericórdia, no julgamento que libertou Orestes das temíveis Fúrias, depois de haver assassinado a mãe, por ordem de Apolo.

JOÃO BOSCO DA ENCARNAÇÃO

 **QUE É ISTO, O DIREITO?**

INTRODUÇÃO À FILOSOFIA HERMENÊUTICA DO DIREITO

4ª edição

2007

Texto registrado.

Pode ser reproduzido, desde que citados a fonte e o autor.

ISBN da 3ª edição: 85-86633-55-0

O AUTOR

é

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo desde 1984,
Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo,
e Professor de Direito desde 1989.

Contato: jbe_pj@yahoo.com.br

Texto editado em software livre OpenOffice.org 2.0 Writer para Linux
Finalizado em Adobe Acrobat Reader para Linux

SUMÁRIO

Prefácio.....	9
Um pouco de epistemologia.....	11
A ciência moderna.....	11
O cientismo.....	11
A noção de ciência humana e a Hermenêutica Filosófica.....	12
Ciência como método filosófico de investigação.....	13
A lógica.....	13
A Ontologia.....	14
A Antropologia.....	17
Verdade e ideologia.....	18
Filosofia e Teologia.....	19
Ciência e Direito.....	21
Conhecimento e epistemologia.....	23
A questão do método.....	24
Ciência construtivista e ciência compreensiva.....	25
O nome.....	32
Ideologia e verdade: preconceitos e conceitos.....	35
Direito e linguagem.....	37
Arte, interpretação e realidade.....	38
Ser e dever-ser.....	40
A questão da justiça (ontologia jurídica).....	40
O ser como acaso.....	41
Deontologia como estratégia tecnológica.....	41
O fazer como modernidade.....	42
A racionalidade normativa na administração social.....	42
A aplicação judicial como método (epistemologia jurídica).....	42
Lógica da decisão.....	44
Introdução.....	44
A ciência do Direito.....	45
A ontologia e a deontologia.....	47
A natureza do Direito na História do Pensamento.....	49
A estrutura silogística formal.....	52
A estrutura formal do Direito.....	55
As fontes do Direito como Norma.....	63
Os Ramos do Direito e seus princípios.....	66
Nomogênese: A Política como problema ético.....	67
O conteúdo teleológico do processo.....	69
Conclusão.....	82
História do Direito.....	84
Conceito de História.....	84
A história do direito.....	84
Antigüidade.....	85
Os direitos dos povos sem escrita.....	85
O direito egípcio.....	85
Os direitos cuneiformes.....	85
O direito hebraico.....	85
O direito grego.....	86
O direito romano.....	86
O direito continental europeu.....	87

O direito canônico.....	87
O direito celta.....	88
Os direitos germânicos.....	88
O direito na Alta Idade Média.....	89
O direito feudal.....	89
Os direitos romanistas.....	90
O Common Law.....	91
O direito soviético.....	92
A Administração da Justiça em Portugal e no Brasil.....	93
O direito português.....	93
Antecedentes.....	93
Direito Consuetudinário e Foraleiro.....	94
Recepção e influência do Direito Comum.....	95
Época das Ordenações.....	98
Período Iluminista.....	101
O direito no Brasil.....	102
Antecedentes.....	102
Brasil-Colônia.....	102
Brasil-Corte.....	105
Brasil-Reino.....	105
Brasil-Império.....	106
Brasil-República.....	106
Brasil hoje.....	106
Conclusão.....	107
Justo ou conveniente?.....	108
Direito Penal como exemplo de conveniência.....	116
Natureza da Pena na História.....	116
O Direito Positivo Atual.....	124
Natureza da Pena Para Os Nossos Tempos.....	132
Considerações Sobre Economia Penal.....	139
Gramática e Sanção.....	145
Gramática e sanção.....	146
Sanções no direito penal e na gramática.....	147
Condutas típicas no direito penal e na gramática.....	148
Gramática e responsabilidade penal.....	149
Sujeito e objeto.....	151
Breve Diagnóstico da Atualidade.....	152
Propostas.....	159
Conclusão.....	168
Nomogênese: Ética, Política e Direito.....	176
Ética e moral.....	176
Natureza do saber e saber da natureza.....	177
Democracia e limitação de poder.....	185
A evolução da questão dos direitos humanos.....	192
Introdução.....	192
Conceito.....	192
Evolução histórica.....	192
Os direitos humanos hoje.....	197
Competência.....	197
Métodos.....	198
Características.....	198
Órgãos da ONU.....	198

Sistemática.....	198
A Corte Internacional de Justiça.....	199
A Organização dos Estados Americanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	199
Incorporação do Tratado ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	199
Natureza dos tratados.....	200
Concurso entre Direito Interno e Direito Internacional.....	200
Instrumentos legais.....	200
Direito de resistência e direito positivo.....	204
Que é isto – A Filosofia?.....	210
O conceito de filosofia como interpretação.....	218
Hermenêutica como aplicação.....	218
O exemplo da hermenêutica jurídica para a filosofia.....	219
A base filosófica para toda hermenêutica.....	221
Conclusão.....	223
História do pensamento: ecologia e economia.....	225
Caráter jurídico-ideológico da História.....	226
A Idade Clássica.....	226
A Idade Média.....	230
A Idade Moderna.....	233
O Século Dezenove.....	236
O Século Vinte.....	238
O Século Vinte e Um.....	240
Dizer o Direito.....	243
A Hermenêutica como disciplina.....	250
A História da Hermenêutica.....	252
A Hermenêutica Jurídica.....	267
Escolas Tradicionais da Hermenêutica Jurídica.....	270
As escolas na hermenêutica jurídica.....	270
A escola da exegese.....	271
A escola pandectista.....	271
A escola analítica (analytical school).....	271
A Hermenêutica Filosófica.....	271
Antecedentes históricos.....	271
Direito como composição de "textos".....	272
Direito e linguagem (semiótica e comando jurídico).....	272
Técnica processual como método para dizer o Direito.....	273
Hermenêutica e justiça.....	273
Hermenêutica e Direito Natural.....	275
Teoria do Justo Proporcional.....	283
História da Hermenêutica Jurídica no Brasil.....	290
Habermas: Direito como agir comunicativo.....	301
Conceito de agir comunicativo.....	301
Conseqüências hermenêuticas.....	308
Heidegger.....	308
Gadamer.....	311
O Direito.....	317
Crítica do Direito.....	317
O conceito de Direito.....	318
Conclusão.....	328
A crítica de Carlos Maximiliano.....	337
Última citação.....	341
Referências bibliográficas.....	342

O saber e a ação são dois pólos de uma existência única

(M. Merleau-Ponty, *A crise do entendimento*)

Nada é, pois tudo se está fazendo.
(Heráclito)

Na *Ética a Nicômaco*, Livro I, n. 3, Aristóteles adverte: “um jovem não é bom ouvinte de preleções sobre a ciência política. Com efeito, ele não tem experiência dos fatos da vida, e é em torno destes que giram as nossas discussões.”

Mas, esclarece: “E não faz diferença que seja jovem em anos ou no caráter; o defeito não depende da idade, mas do modo de viver e de seguir um após outro cada objetivo que lhe depara a paixão. A tais pessoas, como aos incontinentes, a ciência não traz proveito algum; mas aos que desejam e agem de acordo com um princípio racional, o conhecimento desses assuntos fará grande vantagem.”

O caráter pejorativo da palavra “jovem”, portanto, não se deve à fase da vida, mas à inexperiência – também e em grande parte presente nos adultos –, que não permite saber o que é bom ou ruim e, portanto, fazer boa escolha.

Por outro lado, Heráclito adverte: “asnos prefeririam palha a ouro.”

Por isso, quem vai estudar Direito em busca de uma “técnica”, verá logo que não se aprende bem uma “técnica” que se refere ao comportamento e às relações humanas, sem antes buscar as suas causas ou razões, sejam elas metafísicas ou ideológicas.

Do mesmo modo que no caso da Filosofia, ao se procurar saber qual é a maneira adequada de estudar o Direito, acabamos caindo na primeira e fundamental questão: “Que é isto – o Direito?”, parafraseando Heidegger, na pergunta que fez surgir do espanto primeiro: *Que é isto – a Filosofia?*¹

Descobriremos que não há outro jeito de se introduzir no estudo do Direito senão já o estudando, pois “como estudar” o Direito depende de “como se entende” o Direito, num círculo.

1 *Que é isto – a Filosofia?* São Paulo : Nova Cultural, 1989, Coleção Os pensadores, vol. dedicado a Heidegger, p. 8-24.

Queremos dizer com isso que, ao estudo do Direito como técnica inserida num determinado contexto cultural, há que preceder a indagação filosófica acerca da sua natureza. E esse é o único modo de se entrar nesse círculo: mergulhando de cabeça na problemática do Direito, sem poupar esforços.

Entendemos ainda que o presente trabalho nada mais é do que uma introdução, ainda que breve, à Filosofia Hermenêutica do Direito, razão pela qual acrescentamos o subtítulo.

Esta quarta edição, revista, modificada e ampliada, é eletronicamente disponível, pois a internet tem-se mostrado muito eficaz na propagação de idéias, sendo que este texto tem-se mostrado útil aos que se interessam pelo estudo da Hermenêutica.

O Autor.

UM POUCO DE EPISTEMOLOGIA

Incontestavelmente, a Lógica é inabalável, mas não pode opor-se a um homem que deseja continuar vivendo.

(Franz Kafka, *O processo*)

Epistemologia é a parte da Filosofia que estuda a ciência. A palavra *ciência*, por sua vez, tem algumas conotações que precisam ser esclarecidas antes de se tentar a definição do Direito como ciência.

É preciso, portanto, que se trace uma breve definição de ciência, antes de se estudar o Direito como tal, de maneira que o presente estudo deverá embasar o conceito de ciência no qual será possível inserir o Direito.

A CIÊNCIA MODERNA

O conceito que hoje se tem de ciência é o da ciência moderna, pois até o início do pensamento moderno não havia uma definição clara de ciência, assim como não havia exigência dessa definição. A ciência moderna caracteriza-se, grosso modo, por um método que permita um resultado plausível. Todos temos algum tipo de conhecimento do mundo, mas, apenas o conhecimento rigoroso, metódico, é que pode ser elevado à categoria de ciência. Portanto, *ciência é todo conhecimento derivado de um método rigoroso*, e, portanto, exige uma linguagem técnica.

Método é uma palavra derivada do grego, significando, literalmente, “caminho pelo qual”, e podemos dizer que é o meio para atingir um fim.

O CIENTISMO

A partir do pensamento moderno, perseguindo-se a objetividade no conhecimento, caracterizou-se a ciência pelo método empírico, isto é, o conhecimento constatável e experienciado positivamente pelos sentidos, de maneira que apenas as chamadas ciências naturais, aquelas que estudam a natureza, como a Física, a Química e a Biologia, podiam ser consideradas ciências.

As ciências humanas, ou ciências do espírito, como eram chamadas, não eram consideradas ciências e, por isso, não podiam ser levadas a sério. Entre elas está o Direito, considerado e usado como mera ideologia ou instrumento de poder, fazendo prevalecer a vontade e não a objetividade.

A NOÇÃO DE CIÊNCIA HUMANA E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Contudo, o cientismo, de fundo positivista, ou seja, que acredita apenas no conhecimento objetivo, é um exagero. As ciências humanas, que estudam o homem como tal, não podem trazer resultados objetivos, mas podem utilizar-se de um método que permita conseguir resultados plausíveis.

Toda ciência tem um sujeito e um objeto. O sujeito de qualquer ciência é sempre o homem, pois somente o homem tem capacidade e necessidade de conhecimento. Um ser superior como Deus não tem necessidade de conhecimento e os elementos da natureza não têm capacidade e, obviamente, necessidade de conhecimento. O objeto, no entanto, varia conforme o interesse da ciência. As ciências naturais estudam a natureza e este é, portanto, o seu objeto. Já as ciências humanas estudam o homem como tal e este é o seu objeto. Se as ciências naturais trazem resultados objetivos é porque o homem estuda elementos fora de si, de maneira que a sua experiência pessoal, como homem, não interfere de forma contumaz. Já as ciências humanas trazem resultados subjetivos porque o homem estuda o próprio homem e, portanto, a sua experiência prévia como homem acaba interferindo. É o que Gadamer chama de *“preconceito”* ou conceito prévio. Toda ciência humana, por conseguinte, estudando o homem, estuda, na verdade, o que é essencial no homem, isto é, a conduta. O estudo objetivo do homem, como o faz a Biologia e a Medicina, não são mais que estudos da natureza, mas o que caracteriza o homem como tal é a conduta, o que ele faz.

Por isso, as ciências humanas trabalham com um método hermenêutico, pois supõe julgamento e compreensão.

Se o resultado de uma ciência humana é subjetivo, o método filosófico hermenêutico permite que não se caia no relativismo, exigindo que a compreensão seja demonstrada através da fundamentação do julgamento.

CIÊNCIA COMO MÉTODO FILOSÓFICO DE INVESTIGAÇÃO

O método filosófico de investigação não responde, mas pergunta. Mais importante do que as respostas, que são sempre provisórias, é a pergunta que desencadeará a investigação. A curiosidade é natural do ser humano e faz saber que nada sabe, como disse Sócrates. A curiosidade, ensejadora da pergunta, é a base da deflagração do processo científico. O cientista, como filósofo, é sempre curioso. As respostas, no entanto, geram outras perguntas e, dessa maneira, possibilitam o progresso do conhecimento.

Antes de tudo, pode-se dizer que o saber serve para agir. Não se sabe senão para tomar atitudes e, portanto, o saber é que dará a conotação Ética da conduta. Mas pode-se também dizer que a Ética deve iluminar o saber, de modo que este não seja viciado e que, portanto, não influencie, contra a Ética, a conduta futura ao saber.

Vê-se daí que estamos num círculo vicioso, pois, afinal, a contemplação é, na verdade, a primeira e mais precisa forma de agir.

A LÓGICA

Dessa síntese entre o natural e o inventado (dialética e não contradição essencial) é que sobrevive a sociedade.

Vejamos que o caráter dialético do silogismo implica na TESE, ANTÍTESE E SÍNTESE, de modo que a uma questão se opõe uma resposta, cuja síntese se transforma numa nova questão e assim por diante.

O natural e o inventado correspondem ao SER e à CONVENIÊNCIA, e o inventado só sobrevive se essa conveniência for a do próprio ser. Ou seja, só é permitida a vontade (do homem) se ela complementar o que é natural.

Esse caráter dialético da própria história é percebido em todo ato lógico e passou a inspirar a construção filosófica do lógico em todos os ramos do saber. Qualquer processo científico deve obedecer a esse critério de crítica, e o processo judicial por excelência, dentro da competência do processo argumentativo, usa do modelo silogístico para se desenvolver.

A uma acusação ou TESE temos uma resposta ou defesa como ANTÍTESE,

discussão esta que permitirá uma conclusão segura ou SÍNTESE. O julgamento, tal qual no cotidiano, deve ser precedido de uma análise do PRECONCEITO (conceito prévio ou ideologia) ou TESE, pela contraposição da crítica ou ANTÍTESE. Só assim obteremos um CONCEITO cientificamente embasado. É a síntese ou conclusão.

Veja-se que o caráter político do processo de pensamento levou à sua adoção como modelo do processo judicial.

O problema é que a compreensão verdadeira é diferente da interpretação meramente correta.

Vale aqui, entretanto, uma advertência: Aristóteles é tido como pai da lógica. Mas a lógica aristotélica não é a lógica formal moderna, e sim a lógica material que aponta para a busca da verdade ou do conhecimento verdadeiro e não do meramente correto. Isso significa que o método, para Aristóteles, é necessário como instrumento (*organon*) para a descoberta da verdade (do ser) e não como fim em si mesmo.

Ao contrário da técnica, onde o projeto não pode ser adaptado, sob pena de ser outro projeto, na compreensão filosófica, o projeto deve sempre ser adaptado, vale dizer, atualizado, para manter-se competente em face do fim proposto.

Se a ação, como conduta, é uma questão ética e, portanto, se aprende para agir, é certo que só se age bem ou para o bem quando se sabe.

Como se viu acima, ético é o agir para o bem comum, ou seja, como preparativo para a “justiça social” ou “justiça política”.

Aprendemos não por aprender, mas sempre nos interessamos pelo saber, de modo que o saber não tem um fim em si mesmo, mas tem um fim na ação. Quem busca o saber é interessado e pode estar interessado antes ou depois do saber, de modo que pode deixar o saber dirigir-lhe o interesse ou o interesse dirigir-lhe o saber. Nesse segundo caso chamaríamos ideologia.

Por isso, Aristóteles já trabalhava com o duplo conceito de Lógica, a formal e a material, como se verá adiante.¹

A ONTOLOGIA

A palavra *ontologia* designa o estudo (*logos*) do ser (*onto*), conforme o grego.

¹ Ver texto *Lógica da decisão*.

O SER, no entanto, se parece algo obscuro, pode ser algo desinteressante, como afirma Heidegger,² num mundo em que o *saber* perde lugar para o cego *fazer* com o fim de *ter*. Isso porque o SER está aparentemente oculto, exigindo a atenção para que o vejamos, por detrás das imagens coloridas do mundo, que nos impressionam rapidamente.

É preciso prestar atenção, com ares de contemplação, para se perceber que o SER está à nossa volta, dentro de nós, em nós mesmos, é o nosso passado, o nosso presente e o nosso futuro.³

Como é que o SER se desdobra no TEMPO? perguntou o filósofo.

Partindo dialeticamente de dois conceitos – o TUDO e o NADA –, podemos dizer que o TUDO é algo que chamamos absoluto, ao passo que o NADA é a sua ausência, a ausência de TUDO, ou a *total ausência*.

Mas, se falamos do NADA e dizemos que o NADA é alguma coisa, usando o verbo *ser*, atribuímos existência ao NADA.

Ou seja, o NADA é alguma coisa. Perguntamos, portanto, *que é o NADA?*

E descobrimos que o NADA só tem sentido diante do TUDO, ou seja, dialeticamente. Podemos dizer, assim, que o TUDO é o SER e o NADA é o NÃO-SER.

Em outras palavras: só a temporalidade pode explicar o NADA, pois este conceito se refere apenas aos dois tempos não presentes: o passado e o futuro. Posso dizer assim: *Algo foi* (não é... mais), ou *algo será* (não é... ainda). Mas também ao *nunca*, como *alter* da essência: aquilo que jamais será, o *outro*.

Enquanto isso o TUDO, o SER, se refere ao presente: *Algo é...*

Na linguagem aristotélica, é o ato e a potência. O ato é o que está sendo, enquanto que a potência é a possibilidade de ser, é o vir-a-ser.

Entretanto, se o verbo SER é absoluto, nesse seu “absoluto” se inclui o deixar lugar para algo relativo, pois dizemos sempre que alguma coisa é em relação a algo que não muda e dizemos que alguma coisa é em relação a algo que é provisório, que está sendo assim no presente, mas que já foi de outro modo antes e será de outro modo no futuro, ao menos potencialmente, isto é, possivelmente.

2 *Introdução à metafísica*.

3 Lino Rampazzo dá um exemplo acerca do conceito de SER numa língua não européia. Na língua kirundi, falada no Burundi (África Central), a palavra u-kuri, que designa verdade, vem do infinitivo Ku-ri, que significa ser, estar-aí. Anota, ainda, que nas línguas ban-tu, como é o caso do Ki-rundi, o radical está no fim da palavra, mudando não a desinência, mas o prefixo. Assim, verdade, na cultura rundi, é aquilo que é, aquilo que existe, ou seja, a realidade que cerca o homem. Cf. *Revista Camilianos, São Paulo, Província Camiliana Brasileira*, n. 35, p. 28 a 31, jan./fev. 1996.

Há diferença entre os dois conceitos. Assim, há diferença entre o conceito de “TODO” e o conceito de “CADA”, ambos contraditórios. Como é possível, no entanto, a convivência de dois conceitos antagônicos?

A relação entre dois conceitos diz que há algo de comum e de semelhante entre eles.

O TODO pode ser dito o SER como universo, ao passo que o CADA pode ser dito a parte como individualidade. Radicalmente contrário ao TODO temos o NENHUM, ou o NADA.

Portanto, o CADA é o “um”, o caminho entre o TUDO e o NADA.

Se o TODO é uma composição de CADAs, não se pode dizer que são a mesma coisa. Há uma tendência do CADA se isolar do TODO. Para ser indivíduo. Mas há uma necessidade natural do CADA se manter unido ao TODO: a sua essência. Não se consegue pular a própria sombra, como disse Heidegger.⁴ Não é possível se afastar da própria essência, do próprio SER. Por isso, o isolamento do CADA faz parte da sua própria essência, ou seja, o isolamento do CADA é, ainda, uma aproximação do TODO. Essa essência, que “junta o que tende a se desprender”, como diz o filósofo na *Introdução à metafísica*, chamada “diké”, é a prática da essência mesma, que podemos denominar “verdade”, ou seja, é aquele “noumos”, não como norma jurídica do ponto de vista moderno, mas como natureza. É, em outras palavras, o conceito de “justiça”.

Esse aparente conflito entre SER (TUDO) e SER (NADA) permite SER (CADA) na transmutação de si mesmo e para si mesmo, num contínuo transformar-se num si mesmo. É a identidade dos contrários ou a identidade da diferença,⁵ que significa que algo só é igual a si mesmo; mas essa identidade só é visível a partir da circunstância de que algo não é igual senão a si mesmo.

Esse contínuo transmudar-se em si mesmo permite compreender o enunciado de Lavoisier: “Na natureza nada se cria, nada se perde. Tudo se transforma.”

Trata-se de um modelo metafísico, mas que tem sentido na prática das ciências particulares. Na Sociologia, na Psicologia ou na Política, por exemplo, o TODO é a sociedade e o CADA é o indivíduo. Dessa tensão aparente surge a harmonia que permite o surgimento do cosmo, a ordem, ao contrário do caos, a desordem. O equilíbrio é o que se chama equidade, que no Direito Natural aristotélico é, não um

4 Conferir *Ser e tempo*.

5 Heidegger. *Identidade e diferença*.

conceito jurídico, mas uma exigência da natureza das coisas. Só o que atende à sua própria natureza como origem, só o que realiza a própria essência, ou seja, “torna-se o que é”, pode ter eficácia e se insere no mundo.

Do ponto de vista teológico, observamos que esse é o modelo antropomórfico da explicação da relação do homem com Deus.

A ANTROPOLOGIA

Como a idéia de absoluto é a de algo perfeito, que não deixa de ser, como é a idéia de Deus, ao que é absoluto não se qualifica, não se dá predicados, não se limita com adjetivos.

Os qualificativos que damos a Deus servem mais à nossa necessidade de expressão do que mesmo para designar o SER absoluto, pois só damos atributos a algo imperfeito, para explicá-lo. Digo: *fulano é alto*, porque não é baixo, *fulano é gordo*, porque não é magro, etc.

De Deus só posso dizer, sem antropomorfizar, que Deus é! Qualquer atributo a Deus exclui os demais e, portanto, não trata de um ente perfeito.

Porque antropomorfizamos Deus? Fazemos a idéia do absoluto à nossa imagem e semelhança, ou seja, usamos, para falar de algo, as palavras que sabemos, pois queremos nos expressar.

Entretanto, ao projetar sobre o absoluto a nossa imagem como num espelho, podemos nos ver: o homem é o ser relativo, temporário, provisório. É o *ser sendo*.

Se nos encontramos no tempo e no tempo construímos um pouco de nós, fazemos dialeticamente a história de nós mesmos e do mundo. É na luta contra os desafios que se faz a história individual e coletiva. Nascemos como criança, crescemos, ficamos adultos, morremos. Somos um povo em marcha, peregrinos, pois que provisórios.

Por isso, tudo que falamos do homem dizemos *está sendo...* Mesmo que a nossa língua imperfeitamente diga que *alguém é*, está querendo dizer que esse alguém *está sendo*. Só podemos dizer que alguém *é* em relação à natureza, à essência. Só podemos dizer que alguém *é, sendo*.

Ora, se apenas o homem é provisório, se apenas o homem, filosoficamente, faz história, só a ele se aplica o gerúndio, é porque ele está entre o TUDO e o NADA.

Está entre o SER e o NÃO-SER. Só o homem é um ser em marcha, intencionalmente em busca.

Portanto, entre o SER e o NADA, está o relativo, aquele que contrasta e aparece, como um desenho numa folha de papel em branco, onde contrasta a cor do risco com a cor do fundo. O homem, ente que revela o SER, é aquele relativo que caminha de um ponto radical a outro, sem nunca atingi-los!

Essa finitude do homem, porém, faz com que necessite de complementação, seja no tempo como no espaço. Por isso é um *animal político*, e a Política, como o Direito, são parte de sua essência. São existenciais.

Ora, se a finitude faz parte da essência do homem, significa que essa acidentalidade é, de alguma forma, essência.

Assim, o acidental (aquilo que muda) é também essencial, não muda a si mesmo, pois faz parte do homem o “*ser sendo*”.

No campo do Direito, tanto o Direito Natural como o Direito Estatal são existenciais do homem, pois conviver, estabelecer consensos em torno de conveniências, estabelecer projetos, também faz parte do ser do homem e, portanto, as leis artificiais estão, de alguma forma, dentro da lei natural. Só não podem deixar de harmonizar-se com esta. A parte é contida pelo todo.

Mas, como definir em palavras aquilo que é inefável? Aquilo do qual só conseguimos dizer “*é*”?

O SER, como absoluto, é o que contém TUDO. Dessa forma, partes do SER que somos, não conseguimos conter, não conseguimos compreender o SER que nos contém.

É certo, contudo, que somos fenômeno, manifestação do SER. Se “penso, logo existo”, conclui Descartes, no auge do idealismo cético metódico.

VERDADE E IDEOLOGIA

Depreende-se do processo lógico do método, o silogismo, três momentos: a tese, a antítese e a síntese, correspondendo, respectivamente, o pre-conceito (senso comum), a crítica (indagação) e o juízo (conceito ou senso crítico).

Contudo, e a despeito das eventuais falhas do processo lógico, é possível que o interesse sempre presente no processo de conhecimento seja prévio ou posterior.

Se o interesse for posterior é o interesse pela própria verdade, ou seja, o único interesse que guia o conhecimento é o de se descobrir alguma coisa. O que for descoberto, não importa o que seja, é o fruto da pesquisa livre e surge como real. Por outro lado, se o interesse for prévio, condiciona o método, de modo que o resultado da pesquisa já estará determinado pelo próprio interesse como resposta antecipada à pesquisa. Nesse caso, não se submete devidamente ao processo crítico. Podemos perguntar, portanto, a respeito do interesse: é descobrir ou encobrir (impor)?

A ciência é guiada pelo interesse no conhecimento, mas não pode se submeter à ideologia do mesmo modo que se submete a postura política. É preciso perguntar sempre: qual o interesse do investigador? Só assim se poderá ficar alerta para uma valoração ética da pesquisa.

A valoração ética da pesquisa se refere à pesquisa como tendo por único interesse-guia a busca da verdade, eis que verdade é ser e só a realização do ser, como conduta segundo a verdade, coaduna-se com a Ética.

Assim, ciência é a busca da verdade para realização do bem e bem, por sua vez, é harmonia, paz, justiça, eqüidade.

Voltamos, no entanto, à questão da diferença entre Ética e Moral, lembrando sempre que a Ética, por ser teleológica, não se arrima em regras gerais, mas tem como único princípio a realização da idéia de bem, ao passo que a Moral, como defesa de princípios, é normativa e dispõe de sanções. Numa linguagem kantiana, ainda que não concordando definitivamente com seus conceitos e distinguindo onde não distinguiu, podemos dizer que o imperativo categórico é da competência da Ética, ao passo que o imperativo hipotético é parte da Moral, de um lado, e do Direito, de outro, passando desde o costume até a lei escrita. Obviamente, a propalada diferença entre Direito e Moral perde o sentido, pois a norma moral não só é disposta de sanção, como a sanção moral é muito mais eficaz que a sanção jurídica, dando aquela eficácia a esta.

FILOSOFIA E TEOLOGIA

Um tema presente desde a Idade Média, pelo menos, é a respeito da relação da Filosofia com a Teologia.

Algumas considerações possíveis são, por exemplo, sobre o interesse que guia a Teologia, uma ciência incomum, que guarda, como nenhum outro ramo do saber, uma estreita relação com a conduta moral, pois que ligada à Religião. A Religião é exatamente o campo onde a razão e a ciência perdem competência, passando-se ao campo da íntima experiência mística.

A Teologia deve procurar ouvir ou deve falar (aquilo que Deus disse)?

Por outro lado, ligada à Religião, podemos pensar uma religião longe da Ética ou da Moral? Uma Religião “a-ética”? É claro que nem toda visão religiosa tem uma preocupação ética ou moral. O exemplo da “teologia da prosperidade”, onde o conforto material representa, como sinal, a salvação, pois Deus não faria o bem a quem não escolheu, pode ser uma mostra da Religião desapegada da Ética, onde se separam bem duas coisas: a fé e a obra!

Entretanto, se a Revelação é algo tão extraordinário na verdade, Deus falar aos homens é algo extraordinário, essa Revelação deve ser um guia ético e moral na vida do homem, de modo que qualquer conduta ética se pautará pela Revelação.

Nesse sentido temos religiões mais fundamentalistas do que outras, mas todas as religiões de fundo ético e moral são fundamentadas na Revelação. Dessa maneira, é inevitável um conjunto de regras estruturais que possibilite a conduta ética, que seria chamado de sistema teocrático. Todas as religiões fundamentalistas são hierarquicamente instituídas são instituições com base num direito teocrático.

Dessa forma, a *juridicização* da Religião como “defesa de Deus”, também entendida como “defesa da fé”, passa para um campo político, pois toda confissão se acha a verdadeira e quer, portanto, se impor contra a cultura que lhe é estranha. Se o secularismo atualmente experimentado no Ocidente não coincide com isso, basta saber que esse secularismo é fruto de recentes lutas pela emancipação de uma outra instituição religiosa leiga e secular chamada civismo.

Foi quando os positivistas comteanos fundaram a Religião sem Deus que é tentativa de instauração da fase positiva, a terceira na Lei dos três estados, pois a primeira é a religiosa e a segunda a metafísica, onde o homem, na primeira, é ingênuo e totêmico, e na segunda já caminha para o racional, mas ainda reserva um resquício de misticismo, pois, no entendimento positivista, a metafísica ainda é algo de religioso. Mas, diante do movimento cívico-nacionalista, as religiões ocidentais atrelantes são obrigadas a se retirar do poder temporal, surgindo as constituições

seculares, ao menos oficialmente desatreladas do poder clerical, embora fortemente inspiradas em valores morais religiosos.

Nessas circunstâncias, de flagrante interferência dos valores morais religiosos, vale dizer, valores relativos e de costume, muitas vezes confundindo-se costumes dos teólogos e seus pre-conceitos daí oriundos com princípios religiosos, não se distinguindo o que é essencial (a Revelação e a Ética) do que é acidental (a Cultura, a Moral), temos que a Religião e a Teologia se tornam muitas vezes uma fonte de ideologia, que quer conservar princípios por eles mesmos, dogmatizando e, portanto, atrelando a Filosofia.

A Revelação é o Absoluto abrindo mão de sua totalidade e perfeição e se mostrando como relativo, na linguagem, algo essencialmente humano. O estudo da Revelação é, portanto, hermenêutica.

Talvez, nesse caso, para a Filosofia, só seja emancipador o estudo da Teologia Natural, chamada Teodicéia, que é o estudo desinteressado da idéia do divino. A Revelação, contudo, sendo fonte legiferante competente, deverá ser estudada pela Teologia, cujo interesse, porém, deverá ser o de concatenar a postura de ouvir a Revelação com a de ouvir a Natureza. A Teologia só pode ser invocada onde cessa a competência da Filosofia. Só assim não se terá a Religião como elemento alienador, como “ópio”, mas como elemento integrador da realização do homem.

CIÊNCIA E DIREITO

No sentido acima explanado, um outro exemplo de ciência que abre mão da sua estatura para servir aos interesses da conveniência é o Direito.

Se podemos dizer que o SER é a essência, temos que o ENTE é o acidente. E podemos dizer também que o saber filosófico busca o SER, enquanto que o saber técnico busca aprender o acidental, aquilo que é inventado e “desinventado” ou esquecido.

Numa breve resenha a respeito do Direito, podemos dizer que a essência é o justo por natureza, enquanto que o acidental é o legal.

Não é possível sociedade sem normas, ainda que costumeiras, de modo que se possibilite a convivência. A conveniência do governo, porém, não pode subestimar a natureza do justo, sob pena de não ter eficácia. A norma é projeto que diz respeito

ao “saber moral”, isto é, sobre o homem (conduta) e, portanto, é projeto na provisoriedade, como já se disse acima.

A sociedade funciona sob a tensão do TODO-UNO. Ou seja, o TODO, que é a sociedade, se compõe de individualidades, o CADA, que, por serem individualidades, tendem a se isolar umas das outras, ao mesmo tempo em que necessitam se aproximar para a convivência, de modo que subsistam.

O que é isto que junta aquilo que tende a se separar?⁶

O TODO deve ser equilíbrio, cosmo, ordem. A luta pela imposição da individualidade é individualismo, ou seja, o UNO se sente pleno, se sente TODO e absolutiza, ao passo que a distribuição equânime é justiça distributiva.

Dessa maneira, conscientes da identidade na diferença, podemos afirmar que o ego só se encontra a si mesmo como ego no alter e precisa se manter no TODO.

A possibilidade de amarra dos diversos UNOs como num feixe se dá por esse cordão que é a “diké”, não um “noumos” como regra jurídica, mas como justiça, o que junta. É a realização da individualidade em razão do social e a possibilidade social de realização do individual.

Entretanto, na medida em que se esqueceu do SER e se privilegiou o FAZER, fundou-se o DEVER-SER, que é fazer, e é fazer para ter. Privilegia-se assim o próprio saber técnico em detrimento do conhecimento do essencial.

No afã de legislar, isto é, dizer o que deve ser, perdeu-se a referência ontológica, de modo que o relativismo permitiu que o mais forte se impusesse, isto é, o poder imposto pela violência se mantinha pelo ordenamento jurídico. Mais tarde, a violência real dará lugar à violência simbólica, exercida através da ordem verbal.

Entretanto, se a Ética é a conduta com o fim de bem, vemos que o Direito diz respeito à conduta justa.

O fato e a norma são dados objetivos na relação jurídica, mas o valor pode ser visto de algumas formas, desde o ponto de vista econômico até o da virtude e da dignidade.

Se o ponto de vista econômico deixa de lado a questão ética em si, privilegiando o aspecto de valor patrimonial, a Ética acaba coincidindo como dignidade e como virtude.

Segundo Aristóteles,⁷ há quatro espécies de virtude: a prudência, a fortaleza, a

6 Heidegger. *Introdução à metafísica*.

7 Ética a Nicômaco, Livro V.

temperança e a justiça. As três primeiras, porém, dizem respeito à própria pessoa, enquanto que a justiça é a que se refere ao outro, à *polis* e é, assim, a mais elevada.

A justiça, que é a suprema virtude, é designada por *dar a cada um o que é seu* e aproveita à vida política, sendo, pois, de três modos: *justiça distributiva* (tributo do Estado aos cidadãos), *justiça comutativa* (deveres dos cidadãos entre si retribuição) e *justiça legal* (tributo dos cidadãos para com o Estado).

Pode-se perceber que o Direito Natural, em Aristóteles, não é uma dogmática de origem divina, mas um método prático de se restabelecer a igualdade e o equilíbrio, a resolução de conflitos, que se dá através da adequação do projeto genérico e para o futuro, a norma. A concretização do bem faz do direito aristotélico uma questão ética.

Mesmo quando se trata de justiça legal, onde prevalece o saber técnico, na medida em que a conveniência da administração do Estado erige normas não naturais, percebe-se que a lacuna natural da norma, devido a sua generalidade, convoca a busca da equidade como correção da norma com vistas ao seu fim teleológico.

Por isso, o homem “ser diante de”, isto é, individualidade que, tendendo a se desgarrar, para realizar a sua própria essência de individualidade reconhece o TODO e se reúne na linguagem (logos), que é o ser da juntura, tendo “noumos” como mais que norma, a própria condição de convivência que só a justiça possibilita.

CONHECIMENTO E EPISTEMOLOGIA

Em suma, podemos dizer que o conhecimento é guiado pelo interesse, o interesse de conhecer.

Diante disso, temos dois tipos básicos de conhecimento: o conhecimento filosófico e o conhecimento epistemológico.

Se o conhecimento filosófico é o que se interessa pelo ser em si, ou seja, pela verdade do ser, o conhecimento epistemológico se interessa pela verdade do ente, ou seja, do ser que se revela particularmente, numa individualidade ou ciência particular.

É claro que temos também o desvio do conhecimento, quando, ao invés de se

interessar por saber o ser, procura conservar um dever-ser. O conhecimento, nesse caso, é ideologia, agindo com uma “ética” de princípios que não se interessa pelo real, mas tenta impor e manter um ideal. Assim, o pre-conceito será mantido por ele mesmo, não se preocupando o pesquisador em criticá-lo para se chegar à verdade.

É importante, contudo, que o pesquisador saiba que todo método parte de um pre-conceito,⁸ isto é, de experiências pessoais vividas, para que afaste, na ingenuidade, a incidência do erro no resultado final de sua investigação. Trata-se, portanto, de uma questão de método.

A QUESTÃO DO MÉTODO

Tanto a Filosofia quanto as ciências particulares são sistemas de conhecimento e, para tanto, devem ser metódicas.

Isso significa que ambas têm o método como instrumento de garantia do resultado, ou seja, como garantia de certeza do resultado.

A diferença é que o método irá variar na Filosofia e nas ciências particulares, assim também conforme a ciência, ou melhor, conforme o objeto de conhecimento. Portanto, é a natureza do objeto de conhecimento que irá determinar o método e essa é uma questão filosófica para a Filosofia e uma questão epistemológica para as ciências particulares.

A Filosofia precisa de um método próprio para o estudo do seu objeto, o ser. Partimos de um método lógico-racional e podemos sentir, pela sua insuficiência, a necessidade de um método hermenêutico, embora esse termo “método hermenêutico” possa parecer, à primeira vista, incoerente.

Já as ciências particulares deverão elas mesmas estabelecer, em cada caso, o método adequado, sempre cuidando para que este seja eficiente no sentido de se buscar a verdade do ente, do objeto de estudo, e nunca permitir que conceitos prévios e mal informados ou mal formados prevaleçam como aparente resultado da pesquisa científica.

⁸ Gadamer. *Verdade e método*.

Estamos, na verdade, em um círculo vicioso. É agir para conhecer e conhecer para agir. Conhecemos para agir, mas já o conhecer é uma ação.

Por isso é que o conhecimento parte sempre de um pre-conceito, porque há sempre um conhecimento prévio, que, por sua vez, é fruto de uma ação anterior.

Obviamente, estamos falando do conhecimento técnico, pois o conhecimento ético, dito moral, é aquele que, sendo da própria natureza do homem, essa mesma experiência de ser já nos mostra o que ela é. É, nessa medida, um conhecimento filosófico de reflexão.

No entanto, esse círculo vicioso mostra também que a ação, fruto do conhecimento, é a ação de construir e não só de compreender.

Há ciências de natureza compreensiva, que são aquelas que só podem estudar o que ocorre, e há ciências construtivistas, que usam o conhecimento para interferir e produzir coisas.

A Sociologia, por exemplo, ao contrário da teoria habermasiana do agir comunicativo,⁹ só pode ser compreensiva, pois quando passa para a reconstrução, deixa de ser Sociologia e passa a ser Política. Tanto assim que uma Sociologia reconstrutiva precisa do auxílio do Direito como sistema normativo e sancionador para se impor.¹⁰

As diversas engenharias, por outro lado, só podem ser ciências construtivistas, usando o conhecimento compreensivo passado por ciências como a Física, por exemplo, para aplicação.

Mas, quando se fala em ação, fala-se em conduta e, portanto, trata-se de um problema ético.

A questão ética, nas ciências, aponta para um fim específico que é o de atingir o bem. Uma postura científica ética, portanto, é a ação justa, ou seja, conforme a verdade.

A verdade é a revelação do ser (do ente) iluminada por uma preocupação filosófica. Portanto, as diferenças conceituais entre conhecimento filosófico e conhecimento epistemológico são teóricas e necessárias, mas, no plano prático, uma integração é não só necessária, como natural e inevitável.

9 Conferir nosso trabalho *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*.

10 Idem.

Tudo isso, porém, assume uma coloração específica na Filosofia do Direito, pois se o Direito é, de um lado, uma ciência construtivista, com suas normas de dever-ser, é, de outro, o próprio bem ético da justiça e, como tal, uma ciência compreensiva. Como, porém, a ação denominada “justiça” é um desdobramento prático do conceito filosófico de verdade, quanto ao Direito, o filosófico e o epistemológico coincidem, o que mostra, segundo Gadamer,¹¹ que a compreensão do verdadeiro é já uma forma de ação prática e construtiva. Isso não significa mais que dizer que o “dever-ser” unicamente viável é o próprio “ser” e só se pode edificar uma vontade quando o ser deixa para a vontade a competência da normatização. Contudo, ainda no “não-ser”, isto é, aparentemente fora do ser, estamos falando de algo que é.

Se não podemos afirmar com o idealismo hegeliano que tudo que é racional existe, podemos afirmar que tudo que existe só é possível no logos do ser e o que não se conforma à essência, embora aparentemente sendo, não passa de um fantasma inventado pela imaginação. Talvez a linguagem possa ocultar o que realmente é, instituindo um dever-ser, um dogma, ilícito. Mas também pode ajudar a revelar o que realmente é.

Como podemos compreender a realidade? Qual a natureza, ou qual a essência da natureza?

O fundamento da essência, conclui Heidegger,¹² é a essência do fundamento, pois, essência, ser, se confunde com fundamento e, portanto, a natureza, a origem é a própria coisa.

Com isso, ao invés de se destruir a metafísica, se realiza a metafísica na física, isto é, no visível, e, ao invés de se reduzir a realidade ao visível, se reconhece o visível à condição de realidade.

O que vejo: é real? Onde está, portanto, a essência? Podemos dizer que vemos alguma coisa, mas não a essência dessa coisa. A essência pura ninguém vê... Mas, pode alguma coisa ser sem a essência? Não está a essência já ela mesma, por ser essência, “arraigada” na própria coisa?

Aristóteles critica Platão, para o qual a “essência” de tudo o que vemos (a mera sombra) está no mundo das Idéias, perguntando a respeito dessas mesmas sombras e desse mesmo “mundo das Idéias”: que é isso? Não é SER?

11 Gadamer. *Verdade e método*.

12 Ensaio *Sobre a essência do fundamento*.

O SER é absoluto, imutável, mas, no entanto, se traduz, em cada momento, de um modo objetivo, visível e compreensível.

O SER aparece, como fenômeno, no TEMPO, conforme a leitura de Heidegger em *Ser e tempo*. É constante devir ou vir-a-ser, ato e potência, matéria e forma.

A aparição, essa “epifania” do SER, é a própria dialética, aparentemente contraditória, da identidade e diferença. Com efeito, o ENTE, assim entendido como designado pelo filósofo aquilo que se desdobra na temporalidade, é o próprio SER em suas inúmeras aparências e combinações.

Dizemos o “*ser*” de um utensílio como uma cadeira e dizemos o “*ser*” de um utensílio como o computador. São objetos diferentes, mas têm algo em comum: ambos “*são*” (...alguma coisa). E só posso dizer que a cadeira é cadeira porque ela não é outra coisa. O computador não é uma cadeira. Só posso compreender o “*ser*” de alguma coisa porque essa coisa *não é* outra coisa. Eu *sou* eu porque *não sou* outro. Portanto, a identidade se dá na diferença, por exclusão. A Psicologia pode demonstrar que a criança se percebe no mundo, a partir de uma certa idade, quando ela já diferencia o mundo, o outro, dela mesma. Aí então passa a saber quem ela é.

A monotonia do absoluto do SER, da exclusividade da VERDADE, é quebrada assim, na aventura da vida, pela provisoriedade, pela incerteza e insegurança da existência, dialeticamente se opondo a si mesma e assim se desenvolvendo.

A dogmatização da vida, fazendo prevalecer a lei do mais forte, é só uma mera e estúpida imitação do absoluto verdadeiro. Mas, o absoluto verdadeiro, como se disse, “abre mão” da supremacia e se joga na estrada, alegremente correndo riscos. Não é o risco do imprudente, mas a realização do próprio *ser sendo* do homem, para o qual, na intencionalidade, tudo se mostra e encanta.

É a intencionalidade que inaugura a linguagem. É a linguagem a intencional tentativa de superamento da distância.

O TODO é indizível, portanto, pois é o próprio SER inclusive da linguagem. Como pode o contido conter o que o contém? Mas, como pode ser que algo seja indizível se, de alguma forma, o conhecemos?

No início era o Verbo...

O TODO, que é absoluto e, portanto, não se relaciona, fica desconhecido. Entretanto, falamos desse TODO sem saber ao certo do que se trata. De onde tiramos isso?

O TODO se transforma em um CADA e, de repente, isola-se na essência de um ente, para se tornar dizível. O que é dizível existe na linguagem. É verbo, logos. O que é dizível, na linguagem é que é dizível e dele falamos.

Mas, se falamos da essência e a essência da ESSÊNCIA, o ser do SER, é o eterno devir, podemos concluir que a linguagem reflete algo que *ocorre*. A linguagem, portanto, é *verbo*, ou seja, é ação.

A linguagem, que é acontecimento, faz acontecer. Como enunciado intencional, comunica uma vontade e é um comando, pois faz fazer.

Mas a linguagem, que não é só formal, só conseguirá ser eficaz na realização da sua essência de linguagem se disser o que é, ainda quando se trate de dizer o que deve ser. O SER é o que é, enquanto que o DEVER-SER é o que se deseja que seja.

Pode a linguagem inventar, a partir da conveniência, um “ser”? E mais, pode a linguagem impor essa vontade à realidade? O Idealismo diz que sim, pois não se trata de compreender somente, mas de empreender.

A Sociologia, em Habermas,¹³ por exemplo, não é mais compreensiva, mas constitutiva. O Direito, como instrumento dessa “Sociologia” transformada em “Política”, ou melhor, em “Economia”, não é mais o Direito Moderno de cunho declaratório (de direitos naturais), mas é um direito constitutivo (de conveniências sociais).

A linguagem como projeto, que se constitui em normas, em gramática, é, ainda como linguagem, uma particularização do SER. A linguagem é algo. Como pode a linguagem ditar o que já não está no seu fundamento?

A linguagem, portanto, é um dizer de si mesma. Falar da linguagem só é possível utilizando a própria linguagem.

Se filosofamos com a linguagem, e se a linguagem é um dizer de si mesma, podemos concluir com o início: definir a Filosofia já é filosofar, assim como definir a fala já é falar.

Não se deve confundir, porém, a limitação das palavras com limitação do SER que pretensamente se quer dizer. Pois o próprio dizer pertence ao SER.

13 Conferir a vasta obra de Habermas e, sobre a hermenêutica, nosso *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*.

A linguagem, contudo, é como nos manifestamos. A manifestação é necessária tendo em vista que o CONHECIMENTO da VERDADE é precário. É preciso dizer para se confrontar.

Se a VERDADE é ABSOLUTA, o CONHECIMENTO DA VERDADE é RELATIVO.

O conhecimento da verdade é relativo porque a verdade se manifesta relativamente no cotidiano. A identidade da diferença é esta: que as coisas são diferentes, mas conservam, na sua identidade, algo de comum.

O que muda é o aparente, mas, “as aparências enganam!”

O que está atrás do aparente, o que está atrás do fe-nômeno, do físico, o próprio “nômeno”¹⁴ é a essência e o que dominamos é apenas o fenômeno, ou seja, o acontecimento.

O criticismo kantiano não era relativista, mas teve conseqüências desastrosas. Se, de um lado, ajudou no conhecimento da verdade através da crítica, fundando a Teoria do Conhecimento, de outro lado, permitiu que agnósticos se sentissem em casa.

Alguns dizem: “A verdade é relativa!”, e argumentamos: “Até essa verdade contida nessa frase é relativa!” E, portanto, logicamente é absurdo falar em “verdade relativa”, pois o próprio conceito de “verdade” não admite que seja relativa.

Entretanto, alguns dizem também: “a verdade não nos aparece. É impossível conhecer a verdade e, portanto, a filosofia perde tempo.” A essa objeção, que na Ética assume proporções graves, permitindo o absolutismo, devemos responder que: “exatamente por se ter dificuldades para apreender a Verdade é que a Filosofia é necessária”.

Ora, o relativismo leva ao absolutismo exatamente porque, ao entender que a verdade é relativa, ou seja, não há verdade, e, pois, nada tem valor, permite que se instaure a opinião do mais forte. Discussão é perda de tempo: impõe-se uma vontade!

Por outro lado, é a “douta ignorância socrática” que diz que a apreensão da verdade é relativa e, pois, ninguém por si só a contém. É essa ignorância que deve ser reconhecida que diz: “sei que nada sei” e, portanto, “vou procurar saber”.

Ao contrário do que pregam os “relativistas”, se houvesse perfeita apreensão da verdade, a discussão seria inócua. É a consciência de não saber que gera a pergunta,

¹⁴ Kant: Phainoumenon, aparição do noumenon, a essência.

provocando uma resposta e inaugurando-se assim o diálogo.

O silogismo tem exatamente essa função de crítica científica.

Ciência é saber alguma coisa. Só se sabe algo realmente após um processo “científico” que garanta a certeza do saber. Uma *tese* é um preconceito. Só terá o status de conceito (científico), isto é, *síntese*, após passar pelo crivo da crítica, que é a *antítese*.

O silogismo mostra bem o papel do “não-ser”.

Se a tese é um “ser”, a antítese, o seu contrário, para ela e em relação a ela, é um “não-ser”. É outra coisa.

Somente na diferença, no “não-ser” de si mesmo, é que algo se identifica a si mesmo. A linguagem é uma questão de contrários: o baixo só é baixo porque não é alto, o claro só tem sentido diante do escuro e assim por diante. Sei quem sou ao ver que existem outros. A tese só se entende a partir da antítese, e são elas mesmas, confirmadas ou negadas, ainda que em parte, a própria essência da síntese.

Mas não é relativo também o conceito que se contrapõe, como, por exemplo, o que penso que seja baixo ou alto, claro ou escuro?

O problema é que não se trata apenas de “lógica formal”. Para a discussão usamos a “linguagem”, uma ferramenta necessária, mas imperfeita.

É na linguagem que residem os equívocos. Falamos alguma coisa e dizemos outra. A etimologia das palavras, através da história das palavras, mostra como uma palavra, mantendo-se o mesmo fonema, diz coisas diferentes e contraditórias, no tempo e no espaço.

Esse relativismo cultural da língua é confundido com o próprio objeto do que se está falando.

O nominalismo não vai além das palavras: as coisas têm que significar o que a palavra quer.

O equívoco se dá por não se perceber que as palavras são traiçoeiras. Além da variação cultural, a intenção do falante usualmente gera equívocos. O ouvinte é o leitor de um texto. Procura compreender esse texto a partir de experiências pessoais, ditas culturais, que forma os pre-conceitos, ou seja, os conceitos prévios.

Devemos diferenciar, no entanto, o conhecimento filosófico, dito moral, em Aristóteles, do que o Estagirita chama de conhecimento técnico. O conhecimento

filosófico não se aprende e nem se desaprende, pois é inato. Diz respeito à essência do homem e de tudo que lhe é essencial. Diz, portanto, de tudo o que não muda, no tempo e no espaço. Em qualquer cultura é a mesma coisa, pois é da essência. Assim, o fogo que queima da mesma forma na Grécia ou na Pérsia pode ser reconhecido por qualquer pessoa como sendo fogo. Somente com o saber natural, que alguns chamam intuição¹⁵ diante do objeto do saber é que se pode falar de “Maiêutica”, quando não se ensina, mas se extrai da pessoa aquilo que ela já tem dentro de si e não sabia que tinha. A linguagem, por exemplo, tem uma estrutura inata e universal, própria da essência de linguagem. É isso que permite a tradução, ou que alguém aprenda mais de uma língua. Há algo entre as diversas línguas do mundo que é comum a todas: a essência.

Por outro lado, há alguma coisa de accidental nisso tudo, que o homem inventa e “desinventa” de acordo com a conveniência de um momento. Esse lado cultural do homem é o como se manifesta o essencial e, como é relativo a um costume, a uma técnica, a uma conveniência de lugar e tempo, tem que ser aprendido. Trata-se do saber técnico ou epistemológico, que se deve aprender. A linguagem, por exemplo, serve-se de signos de comunicação que devem ser aprendidos. Todo homem tem linguagem, mas nem todo homem sabe se expressar em mais de uma língua. Os signos devem ser aprendidos e para isso os estudamos. Entretanto, só os aprendemos porque têm algo que já sabemos: a essência da linguagem, que é a mesma em qualquer língua.¹⁶

A linguagem, em suma, não é só a técnica da fala, mas é o ato de se expressar. Como o homem é o sujeito intencional, manifesta-se sempre e, na linguagem que o torna essencialmente o que ele é como homem, é a própria manifestação do ser que se dá, pois não é o homem que inventa o ser na linguagem, mas é o ser mesmo que fala através das percepções do homem. Se o ente é a manifestação do ser, esse ente que se manifesta é, por excelência, o curador do ser, como diz Heidegger.

A manifestação do ser é linguagem e se dá exemplarmente na obra de Arte, ao contrário do mero “falatório”¹⁷ que distrai e distancia do ser. Como obra, no entanto, temos também a parte técnica, corpórea, na qual e através da qual

15 Conferir Mário Schemberg. Formação da mentalidade científica. *Revista Estudos avançados*, n. 12(5), p. 123 a 151, 1991.

16 Conferir a gramática gerativa e as teorias transformacionais de Noam Chomsky.

17 Denominação dada por Heidegger.

manifesta-se o ser, a própria Arte. Portanto, tudo que é linguagem é filosofia e também é arte. Se responder acerca da filosofia é já filosofar, só a linguagem pode falar inclusive acerca da própria linguagem. Mas, se a filosofia em si pode ficar numa dimensão teórica ao falar acerca do ser, a linguagem em si é a própria manifestação do ser e não apenas algo sobre o ser. Essa manifestação se dá no ente, através do aspecto cultural da comunicação, mas tem, na essência, a própria essência, o ser. Por isso, linguagem verdadeira é obra de Arte, pois só o ser é belo e tudo o que é belo refere-se ao ser.

O NOME

Os signos são nomes que damos às coisas. Designamos tudo por palavras, isto é, por nomes.

Os nomes, portanto, significam alguma coisa para nós, mas designam algo que existe independentemente de um nome.

O batismo tem esse papel: de fundar uma designação sacralizada de alguém, ou seja, de instaurar uma individualidade.

O que está na competência do acordo é apenas a escolha dos signos fonéticos que comporão o nome de algo que já existe, mas não é o nome que irá inventar o seu significado e, muito menos, o seu objeto de designação.

O nome é a designação de algo. Mesmo quando esse algo é indizível, o nome o diz a partir de uma intuição batizada. Algo é sempre dito a partir do ponto de vista do sujeito impressionado pelo objeto e nisso é que entra o relativismo do conhecimento da verdade.

Se é fato que algo ocorre, mesmo que não saibamos, de um ponto de vista fenomenológico só existirá a partir do momento que desse fato tivermos ciência. Isso não significa, porém, que enfiar a cabeça dentro de um buraco, como o avestruz, faça com que a realidade desapareça. Significa que, de fato, ainda não há, para nós, o fato.

Dessa maneira, algo só não será, para nós, enquanto não conhecermos. Como o mundo é cenário para o homem, se nenhum sujeito se antepõe a um cenário, esse cenário provavelmente não existe, mesmo porque, se existir, quem o saberá? Um exemplo é a “cadeira” de Van Gogh. A cadeira em si não tem sentido senão o de um

objeto para o homem. Como instrumento para o homem, remete ao próprio homem, pois faz parte do seu cotidiano. Representa algo, é símbolo, signo ou nome.

Só damos nome ao que é conhecido, mas o desconhecido, sabendo apenas que é desconhecido, designamos por um nome genérico, dizendo que é desconhecido.

Em suma, a linguagem não é um mero instrumento de que lançamos mão ou não, mas a própria condição humana. E nessa condição humana é que o SER se revela no ente, ou seja, apenas para o homem ~ que é o único ente que tem linguagem ~ é que o SER tem sentido. A linguagem, portanto, na essência, é a própria essência do ente. A linguagem é a própria revelação do ser e, por isso, não fica no âmbito da vontade, mas é a condição hermenêutica do entendimento de tudo que rodeia o homem. E tudo o que o homem expressa culturalmente é Arte, desde a fala mais simples até a obra tecnicamente mais sofisticada. Mas é possível que, num equívoco, o homem se distancie da realização de sua própria vocação, nessa liberdade limitada de aderir ou não ao SER. Será, então, não o espectador privilegiado da realização do SER, a harmonia, mas o protagonista extremo do conflito.

Nesse sentido, podemos dizer que o SER abstrato se manifesta no ente de modo geral, mas que apenas o ente homem é espectador dessa manifestação. Só o homem percebe a manifestação do ser, só ele se espanta e admira a maravilha do ser.

Para o homem é que o ser é maravilhoso. Podemos perceber na criança que está aprendendo o mundo à sua volta, como se admira, como tudo lhe é novo e instigante...

O homem se insere no mundo, portanto, diante dessa manifestação do ser, e é um animal político. Precisa viver em grupo, dividir, contribuir e receber.

Portanto, extasiado com a manifestação do ser, o homem quer dizer ao outro o que viu. Dizemos sobre aquilo que é. E o fazemos no mais trivial do nosso cotidiano até o mais elevado grau de sofisticação artística e cultural. Ao falarmos do serviço, da diversão, de uma receita de bolo, de tudo, enfim... falamos do que é! Como falamos, no mais próximo grau de verdade através da obra de Arte.

Isso que chamamos linguagem é a manifestação do homem, mas o homem, por si mesmo, não tem o que manifestar senão a essência, o ser.

A linguagem, portanto, é manifestação do ser através do homem e para os homens.

A essência da linguagem, portanto, é *ser* a manifestação do SER. Ou seja, o ser da linguagem é o próprio SER. Se essencial é o que não muda, a linguagem é sempre manifestação do SER.

Contudo, há algo na linguagem, o meramente fenomenológico do humano que é o que muda conforme as circunstâncias: é o acidental e que se constitui nos signos ou nomes que se dão às coisas.

Não é o nome “caneta” que faz daquele objeto uma “caneta”. Aquilo que chamamos “caneta” pode ser designado por outras palavras, por outros signos, como se dá nas diversas línguas, mas será sempre *aquela objeto*. Se convencionarmos chamá-lo de “lápiz”, toda vez que falarmos “lápiz”, estaremos nos referindo “àquele objeto” (antes designado “caneta”).

O signo é a parte técnica da linguagem, cuja essência é o próprio ser do que designamos.

Voltando, porém, à natureza de animal político do homem, vemos que a linguagem é, como manifestação, essencial para a efetivação da vida em sociedade. Constitui-se, assim, em regras de comunicação e se transforma em um assunto jurídico como um ordenamento de regras de convivência.

O Direito, porém, é linguagem como qualquer outra manifestação do homem, que é manifestação do ser, como prática, na forma de justiça e não mera ação comunicativa, onde as regras são comandos de um poder soberano aos súditos.¹⁸

Dessa forma, signo é o sinal externo e palpável que invoca uma essência. Diz de uma coisa, um objeto, um ente. O signo é o nome, o que chama.

Obviamente, o signo é fruto da convenção e entre os convencionados funciona dentro das regras, de modo que se constitui, na verdade, em *procedimento* como projeto. É método.

O significado é o que chamamos coisa em si, a essência. Independe do nome e, pois, da vontade subjetiva de designá-lo, de modo que o acordo, isto é, a manifestação e integração de vontades no sentido de se estabelecer signos, não interfere na essência.

A competência do acordo é apenas para a escolha de signos, isto é, para a escolha de procedimentos como meios para se atingir o fim de bem que é a convivência. A convivência, como tudo, visa naturalmente o equilíbrio, a equidade.

¹⁸ Há que se discutir isso com mais afinco, adiante. Conferir, a respeito, *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*.

O signo, cuja natureza é de procedimento, se dá, portanto, na vida política, como a institucionalização do método, ou seja, como Direito Público onde se estabelecem as regras procedimentais da convivência. Assim, falamos numa gramática, agimos socialmente conforme leis jurídicas, estabelecemos preliminarmente as “regras do jogo”.¹⁹

Sáímos, assim, do meramente abstrato e aparentemente sem sentido para chegar ao mais prático do cotidiano, recuperando a dimensão metafísica da vida e, ao mesmo tempo, o sentido prático da ontologia.

Entretanto, o signo, no *Direito*, é a manifestação visível do significado *justiça*. Caso contrário, será um “signo” sem significado, isto é, sem sentido! Mas, o procedimento, como se disse, tem sempre o significado de regras.

Nesse particular, é interessante notar que, para decidir a respeito do procedimento, é necessário já um procedimento. Quem será, assim, o sujeito competente para estabelecer a primeira regra? A Constituição ou norma fundamental que é a regra sobre como fazer regras?

Obviamente, é preciso discutir o papel do sujeito, uma vez que essa palavra desperta equívocos. E é preciso discuti-la na antigüidade e na modernidade, em vista da crise da modernidade, inaugurando-se timidamente a “pós-modernidade”.

IDEOLOGIA E VERDADE: PRECONCEITOS E CONCEITOS

Preconceito²⁰ é um conceito anterior à crítica. Na crítica, esse conceito prévio pode ser confirmado ou desmentido. Se for confirmado passa a ser um conceito científico. Antes disso é só uma opinião, pois cada um tem uma opinião, mas só depois de se sustentar (fundamentar-se) diante da crítica é que passa a ser verdadeiro.

Por isso, podemos dizer que há o senso comum e o crítico. O senso comum é a opinião e, cientificamente, de nada vale. Pode começar, no entanto, um processo científico.

Aquilo que fica no âmbito da liberdade de pensamento, que não é verdade por natureza, estrutura o interesse na ciência, constituindo-se em “ideologia”.

19 Conferir Gadamer. *Verdade e método*.

20 Idem.

Ideologia, portanto, é o interesse que norteia a busca do conhecimento. Esse interesse não é de todo ruim. Eticamente, o interesse pode ser o desinteresse, ou seja, o único interesse é o de descobrir a verdade.

Mas, se o interesse é maior que isso, o próprio questionamento inaugural do procedimento científico irá, já no seu início, determinar a resposta a se encontrar, tal como um problema balístico, onde o tiro e o alvo se determinam reciprocamente.²¹

É claro que o método científico é importante, por uma questão de ordem. O processo é uma ordenação de atos que permitirá um trabalho científico.

Contudo, não basta a lógica do método, pois no caso da Filosofia e das ciências humanas em geral, sujeito e objeto do conhecimento coincidem. É a vida interpretando a vida,²² de modo que o julgamento será sempre o fruto de influências da experiência que forma o conceito prévio.

Na verdade, o texto se desprende sempre do seu autor e entra num contexto formado por circunstâncias que o amoldam.

A Hermenêutica Filosófica pretende assim uma compreensão do texto, isto é, de qualquer situação, não só pelo silogismo, mas, a partir da crítica metódica, abstrair a interpretação de equívocos primários para poder se dedicar à vivência do texto.²⁴

Como se depreende de Gadamer,²³ obviamente, o texto interpretado já é ele mesmo uma interpretação. E assim segue a Filosofia, de resposta em resposta, perguntando sempre.

Essa é a característica da vida, pois viver é sempre um “acontecendo” e é na provisoriedade (a limitação no tempo e no espaço) que surge a necessidade de se fundamentar o discurso.

A convivência faz com que o homem, isolado na sua identidade, mas ciente da diferença, o “outro”, se dirija aos outros, para entender e se fazer entender. É o *zoon politikon*.

Se as ciências se desenvolvem no âmbito da comunicação do conhecimento, é no plano da linguagem que se desenvolvem. Trata-se da linguagem técnica.²⁴

No caso das ciências humanas, ou seja, aquelas que estudam o homem, há uma

21 Idem.

22 Dilthey. *op. cit.*

23 Paul Ricouer. *Crítica das ideologias*.

24 Cit.

redundância curiosa: o homem estuda a si mesmo e, portanto, vai se tratar sempre de um conhecimento ou de uma enunciação do conhecimento de cunho subjetivo.

Confundem-se sujeito e objeto do conhecimento, pois o homem, agente do conhecimento, é ele mesmo o dado do conhecimento, sendo inevitável, assim, o conceito prévio como determinante do interesse e guia do método.²⁵

As ciências humanas, portanto, exigem, para o sucesso da pesquisa honesta da verdade, um método epistemológico próprio, com base na linguagem, ou, em outras palavras, um método hermenêutico filosófico.

Trata-se, portanto, não de explicar (conhecimento técnico), mas de compreender (conhecimento filosófico), na medida em que se explica o mundo e se compreende o homem inserido nesse contexto explicável.

Como, no entanto, o SER se revela na linguagem, a qual só o homem tem, essa revelação do SER se dá na linguagem do homem e para o homem. Só para o ser humano a revelação da verdade tem sentido, pois só para a intencionalidade do homem as coisas (utilitários) têm sentido, de modo que, nesse sentido, não havendo o texto (linguagem) do homem sem o contexto (sentido do mundo), acaba também o mundo sendo alvo da compreensão. Em certo sentido, poderíamos concluir, toda ciência é humana e, pois, passível de interesses: seja o do mero conhecimento da verdade, que dirige todo saber, seja o das conveniências que afasta idealisticamente do SER e inaugura um DEVER-SER.

DIREITO E LINGUAGEM

A linguagem é expressão do SER e tem, ela mesma, o seu SER. Dizemos da linguagem que *é*. Ou seja, a linguagem é ente e, como tal, aparece no cotidiano de forma material e reconhecível. Essa “obra” traz um problema tecnológico ou gramatical.

O Direito é linguagem, pois é expressão ou manifestação do SER do homem, possibilitando a convivência política tanto quanto qualquer outro tipo de manifestação que se possa encontrar. Mas, como a própria linguagem, o Direito pode ser visto como ente, ou seja, manifestação do seu próprio SER.

Conclui-se, portanto, que o Direito é linguagem por excelência, ao lado da Arte e

25 Conferir Habermas. *Técnica e ciência como ideologia*.

da própria verdade, fugindo, assim, da mera problemática epistemológica para se situar no plano do essencial ontológico do homem.

Ou seja, se as ciências de modo geral estudam o homem, o Direito é a própria manifestação do homem como ser social e não mera conjectura a esse respeito.

O Direito, portanto, e a despeito de ter também, no cotidiano, essa dimensão, não é mera ciência ou tecnologia, mas, como disciplina científica, é amplamente uma disciplina antropológico-social e, portanto, com inserções na Psicologia, de um lado, e na Economia, de outro. Enfim, o estudo do Direito não é teórico, mas tem conseqüências práticas. O plano filosófico de pesquisa da verdade se assume como agir conforme a verdade na consecução da justiça. O caráter lúdico dessa postura não a reduz a mera utopia, mas a coloca no plano da Arte.

ARTE, INTERPRETAÇÃO E REALIDADE

A obra de Arte experimenta os limites do homem e os vence. Naquilo que o homem realiza materialmente, que faz efetivamente, não há lugar para a obra de Arte, que não é mero entretenimento, mas manifestação do ser o que se é. Claro que, por não se conseguir realizar plenamente, há sempre lugar e necessidade da obra de Arte.

A obra de Arte realiza aquilo que o homem não consegue realizar efetivamente no cotidiano e só o faz no sonho, psicanalítica e meta-hermeneuticamente.

Por isso, a obra de Arte realiza o homem, pois o completa naquilo que lhe falta, com sua lógica informal, semântica, irreal e onírica.

A obra de Arte é a expressão do inconsciente, dos desejos ou necessidades contidos do artista e, se o artista é o que expressa o oculto espírito perturbado da humanidade, a obra de Arte é a expressão do inconsciente da própria humanidade.

Mas, como pode a obra de arte realizar, se é sonho? O artista só existe porque é homem, limitado e carente de sonhar, assim como toda a humanidade. A obra de Arte o realiza por torná-lo satisfeito, sóbrio, tranquilo diante das suas impossibilidades. Realiza todo homem que com ela tem contato, por proporcionar-lhe a sensação de completo, de total, por preencher-lhe a dimensão do cotidiano, mesmo que não tenha materialmente acrescentado algo ao seu cotidiano, pois realização não é progresso. Basta um sonho, parte do homem tão real quanto a

realidade visível e prática do cotidiano, senão mais real, por ser perfeito e sem limites, onde tudo é possível. O homem é pleno e nisso, aproximando-o do divino, a obra de Arte revela e manifesta o próprio ser.

Arte é vida. Por isso, ao ter contato com a obra de Arte, o homem a compreende, já se transformando numa nova circunstância que a obra de Arte inaugura. Daí a realização efetiva, a partir do sonho utópico que ela propicia, pois mesmo partindo de dados do cotidiano, a obra de Arte sempre o completa com sua visão onírica e, ao transformar, aperfeiçoando o homem, nessa sua militância, o belo, mais que mera projeção estética do prazer, e ainda mesmo na dor, é justiça.

Aquele ser que teoricamente a Filosofia busca, a Arte oferece perfeitamente a partir da criatividade, já que é nele e por ele que o ser se manifesta.

Por isso podemos chamar a obra também de linguagem. A linguagem é o instrumento da expressão do ser que se está sendo, isto é, do ser e, diferentemente da mera fala, se constitui na realização máxima da epifania do ser. Falar até os papagaios falam, mas dizer é próprio da intencionalidade.

Como o homem está sempre provisório, incompleto, sendo, tudo o que o realiza o torna autêntico, isto é, o torna aquilo que ele realmente é. Encontra-se a si mesmo na obra de Arte como num espelho. Na reflexão do espelho é que o homem consegue se ver a si mesmo e se conhecer. Portanto, tudo que o realiza, que faz com que se conheça a si mesmo, é, nessa medida, Arte.

A obra é, como suporte da Arte, o meio pelo qual a Arte aparece e, como obra, é uma questão técnica. A literatura precisa da técnica de escrever, a pintura da técnica de pintar, o cinema da técnica cinematográfica, o julgamento da técnica procedimental.

Sim, o julgamento, pertencente à essência do homem, é uma manifestação de valor ou de vontade. É fenômeno cultural como toda obra e pode trazer em si a realização, pois, mais que cultural, ganha também uma dimensão ética.

A obra de Arte realiza aquilo que a Filosofia apenas busca teoricamente, a verdade. Convertendo, faz agir segundo a verdade e, assim, justo e belo é o verdadeiro.

Aquilo que chamamos verdadeiro, justo e belo, constitui-se no ser e, portanto, sendo o que é, é o que deve ser. Não há diferença entre ser e dever-ser, pois só deve ser o que é e não diversamente. Algo é sempre o que é, mas há aqui também

um aspecto ético: ao dever de ser corresponde o direito de ser e vice-versa. Ao dever de realizar o outro, que tem direito de se realizar, chamamos amor.

Amor é, portanto, fazer o bem, isto é, propiciar a realização do outro, dando-lhe, pois, o que lhe pertence. Como a verdade, também o amor é um só, mas se manifesta diferentemente em cada circunstância diferente. Algumas vezes amar é fazer, aproximar-se, outras vezes é abster-se, ausentar-se silenciosamente contra o desejo. Se há uma dimensão de carência e, pois, de conveniência, cumpre dar lugar ao interesse ético, elegendo axiologicamente, isto é, valorando, as condutas em função do bem.

Por isso tudo, o artista é sempre dualismo. São heterônimos: uma personalidade de artista convivendo conflituosamente com uma personalidade inserida no cotidiano. Sonho e suposta realidade. Um exemplo radical é Fernando Pessoa e seus heterônimos.

O que o artista procura para sua satisfação, no entanto, nem sempre são ou quase sempre não são necessidades do cotidiano. Ele é um sujeito. Sujeito às vicissitudes da realidade, sempre virtual. Está no mundo, mas intencionalmente fora dele, como se visse o mundo por uma tela de computador e pudesse entrar nela, no espelho, como Alice.

Aquela realidade tão real e palpável, então, o que é? Qual a diferença, já perguntava Descartes, entre o real e o imaginário? Ele que trabalhou a lógica matemática, esta que é a base do mundo digital...

O computador, de um lado, e a poesia, de outro, nos mostra que o dualismo como ocasião, e não só a dialética como método, é que possibilita o resplandecer do acontecer.

Nesse sentido, nada é tão real quanto o sonho.

SER E DEVER-SER

A QUESTÃO DA JUSTIÇA (ONTOLOGIA JURÍDICA)

A lógica formal é a maneira pela qual se faz um raciocínio objetivo e claro, mas, como se trata de um meio, deve privilegiar o aparecimento, e não a ocultação da

verdade e sua aplicação. Agir conforme a verdade é agir com justiça. Ontologicamente, isto é, do ponto de vista do ser, justiça é a ação segundo a verdade, e verdade é o que é, independentemente da vontade.

Ontologicamente, portanto, falamos do Direito Natural, que independe de norma escrita, o deontológico, mas lhe serve de referência material.

O SER COMO ACASO

Ontologia é a parte da Filosofia que trata da questão do ser. É o que antes se denominava *Metafísica* e tem relação direta com o Direito Natural clássico.

O ser em si não é uma questão jurídica, mas é o parâmetro para que o dever-ser seja jurídico. Se o dever-ser refletir o ser, ou, ao menos naquilo que lhe é lícito ser diferente não afrontá-lo, será norma de justiça.

Corresponde ao ser o *saber natural*, a que chamaríamos *saber ético* (alguns chamam *saber moral*), que não se aprende e nem se desaprende, conforme diz Aristóteles, pois já é nato. Tudo aquilo que é saber sobre o homem em si, todo ser humano traz naturalmente e nunca perde. Ao ontológico, finalmente, corresponde o ético, que diz respeito a valores absolutos e invariáveis no tempo e no espaço, enquanto que a moral corresponde ao deontológico.

DEONTOLOGIA COMO ESTRATÉGIA TECNOLÓGICA

Deontologia, por sua vez, é o que trata do dever-ser e tem relação direta com o Direito Positivo ou legal.

O dever-ser está ligado ao fazer e isso é obra do homem, explicitando a sua vontade. Tudo que é feito intencionalmente é um dever-ser, um artifício.

Ao contrário, o que é fruto do acaso, a que chamamos natural, é ser.

Quando se coloca o Direito no âmbito da vontade, trata-se da conveniência. Em um sistema democrático, a conveniência é a ordem social para possibilitar a convivência, enquanto que em um sistema autoritário, faz-se prevalecer a mera vontade do poder para sua própria sobrevivência.

De modo geral, no entanto, se o dever-ser é uma questão de vigência formal de

um sistema legal, a sua eficácia dependerá dos parâmetros ontológicos ou de realidade que adotará.

Ao deontológico, por se tratar de invenção do homem, corresponde o *saber técnico*, que deve ser aprendido e também se desaprende, ou melhor, fica desatualizado em função da relatividade que dá dinâmica ao cotidiano.

O FAZER COMO MODERNIDADE

A partir do pensamento moderno, deu-se ênfase ao fazer, em detrimento do ser. No caso do Direito, em busca de um sistema racional e objetivo que possibilitasse garantir o patrimônio, surge o Direito como contrato, enquanto que o ordenamento jurídico, mais do que o reflexo do ser natural, passa a ser declaração de vontade, o chamado contrato social.

A RACIONALIDADE NORMATIVA NA ADMINISTRAÇÃO SOCIAL

Mais tarde, já no século XIX, a racionalidade passa a ser preocupação do Direito Público, de modo que surge, a partir de Max Weber, inclusive, a moderna burocracia, na tentativa de neutralizar a “individualidade” na condução da administração pública, fundando-se o Direito Positivo como comando do poder estatal.

O Direito é, assim, como Direito Público, instrumento da administração social, procurando dar eficácia às normas reguladoras da economia.

A APLICAÇÃO JUDICIAL COMO MÉTODO (EPISTEMOLOGIA JURÍDICA)

Se uma ciência caracteriza-se pelo resultado plausível, através do método, temos que o método, no Direito, é o método hermenêutico, que supõe o uso da lógica sofisticada (lógica formal) como procedimento, e o uso da lógica material aristotélica como realização do justo, uma vez que o método é o meio e não o fim em si mesmo. A ciência jurídica caracteriza-se pelo raciocínio explícito do juiz

(implicando aí o trabalho de todos os agentes jurídicos envolvidos no procedimento), a fim de demonstrar qual a razão pela qual chegou a determinada conclusão.

GICA DA DECISÃO

É a crítica que impede o isolamento do Direito como coisa definitivamente concluída e o restaura na continuidade da evolução, de que o Direito vigente é apenas um momento transitório.

(Aníbal Bruno)

Não podemos ser mais sábios do que as leis?

(Platão)

INTRODUÇÃO

O Direito é um fenômeno decorrente da própria natureza do ser humano, dadas as suas condições existenciais como animal político, como disse Aristóteles, de maneira que a convivência é baseada na limitação de liberdades, como observou Kant.

Para este, há uma clara distinção entre o imperativo categórico e o imperativo hipotético, sendo que o primeiro, fundado na autonomia, é a ação por princípio, por auto-convencimento, da necessidade de preservar determinados valores, ao passo que o segundo funciona quando o primeiro falha e, fundado na heteronomia, é a ação por consequência, por determinação de normas extrínsecas à consciência, ou seja, por causa de normas dadas pela sociedade.

Embora o imperativo categórico também seja fruto de um entendimento baseado na cultura, trata de um entendimento que basta por si só, enquanto que, quando não há capacidade de inibição, é preciso que a conduta seja freada pela ameaça como consequência legal, que, segundo Weber é a "violência simbólica", cujo poder de estabelecimento, no mundo moderno, é exclusivo do Estado.

Tratam-se de comandos, portanto, e comandos são textos.

Partindo, assim, do princípio de que o Direito é linguagem, e, portanto, é um discurso retórico, podemos perceber que contém uma estrutura lógico formal e um conteúdo lógico material, na classificação aristotélica de Lógica.

A CIÊNCIA DO DIREITO

É preciso, dessa maneira, definir o Direito como ciência, mas, antes, explicar rapidamente acerca da própria definição de ciência.

O conceito de ciência é o da ciência moderna, pois até o início do pensamento moderno, não havia uma definição clara de ciência, assim como não havia exigência dessa definição e a ciência moderna caracteriza-se, grosso modo, por um método que permita um resultado plausível. Todos temos algum tipo de conhecimento do mundo, mas, apenas o conhecimento rigoroso, metódico, é que pode ser levado à categoria de ciência. Assim, ciência é todo conhecimento derivado de um método rigoroso, e, portanto, exige uma linguagem técnica.

Método, é uma palavra derivada do grego, significando literalmente, "caminho pelo qual", e podemos dizer que é o meio para atingir um fim.

A partir do pensamento moderno, contudo, perseguindo-se a objetividade no conhecimento, caracterizou-se a ciência tão somente pelo método empírico, isto é, o conhecimento constatável e experienciado positivamente pelos sentidos, de maneira que apenas as ciências naturais, aquelas que estudam a natureza, como a física, a química e a biologia, podiam ser consideradas ciências. É o chamado Cientismo, onde as ciências humanas, ou ciências do espírito, como eram chamadas, não tinham lugar e, por isso, não podiam ser levadas a sério como ciência.

Entre elas está o Direito, considerado mera ideologia ou instrumento de poder, fazendo prevalecer a vontade e não a objetividade natural que as ciências naturais estudam.

Contudo, o Cientismo, de fundo positivista, ou seja, que acredita apenas no conhecimento objetivo, é um exagero. As ciências humanas, que estudam o homem como tal, não podem trazer resultados objetivos, mas podem utilizar-se de um método que permita conseguir resultados plausíveis.

Toda ciência tem um sujeito e um objeto. O sujeito de qualquer ciência é sempre o homem, pois somente o homem tem capacidade e necessidade de conhecimento. Um ser superior como Deus não tem necessidade de conhecimento e os elementos da natureza não têm capacidade e, obviamente, necessidade de conhecimento.

O objeto, no entanto, varia conforme o interesse da ciência. As ciências naturais

estudam a natureza e este é, portanto, o seu objeto. Já as ciências humanas estudam o homem como tal e este é o seu objeto. Se as ciências naturais trazem resultados objetivos é porque o homem estuda elementos fora de si, de maneira que a sua experiência pessoal, como homem, não interferem de forma contumaz. Já as ciências humanas trazem resultados subjetivos porque o homem estuda o próprio homem e, portanto, a sua experiência prévia como homem acaba interferindo. É o que Gadamer chama de "preconceito" ou conceito prévio. Toda ciência humana, por conseguinte, estudando o homem, estuda, na verdade o que é essencial no homem, isto é, a conduta. O estudo objetivo do homem, como o faz a biologia e a medicina, não são mais que estudos da natureza, mas, o que caracteriza o homem como tal é a conduta, o que ele faz.

Por isso, as ciências humanas trabalham com um método hermenêutico, supondo-se julgamento e compreensão.

Se o resultado de uma ciência humana é subjetivo, o método filosófico hermenêutico permite que não se caia no relativismo, exigindo que a compreensão seja demonstrada através da fundamentação do julgamento.

O método filosófico de investigação não responde, mas pergunta. Mais importante do que as respostas, que são sempre provisórias, é a pergunta que desencadeará a investigação. A curiosidade é natural do ser humano e faz saber que nada sabe, conforme o dito famoso de Sócrates. A curiosidade, ensejadora da pergunta, é a base da deflagração do processo científico. O cientista, como filósofo, é sempre curioso. As respostas, no entanto, geram outras perguntas, e, dessa maneira, possibilitam o progresso do conhecimento.

Quando se fala de ciência humana e filosófica, fala-se no homem. E o homem é um ser político e social, no dizer de Aristóteles, pois vive naturalmente em grupo, não conseguindo viver isoladamente.

Só se pode entender o homem em grupo, em relação com outros homens, pois a existência é completada reciprocamente.

Dessa maneira, se há pelo menos dois seres humanos juntos, já há uma relação jurídica e, se o homem, via de regra, convive com outros homens, a própria vida é constituída de relações jurídicas.

Onde há, pelo menos duas pessoas, há uma relação de direitos e deveres recíprocos. Aos direitos de um correspondem os deveres do outro e estes constituem o próprio limite dos direitos.

Em decorrência da natureza jurídica da vida em sociedade, temos que o homem, naturalmente, necessita de regras. O exemplo de Gadamer¹ sobre as crianças fazendo jogos é esclarecedor: elas passam a maior parte do tempo discutindo sobre as regras do jogo, pois a necessidade de esclarecer como se darão as relações é muito importante.

A ONTOLOGIA E A DEONTOLOGIA

Podemos falar, então, em Ontologia como filosofia do Ser, ou, a questão da justiça (ontologia jurídica).

A lógica formal é a maneira pela qual se faz um raciocínio objetivo e claro, mas, como se trata de um meio, deve privilegiar o aparecimento, e não a ocultação, da Verdade e sua aplicação. Agir conforme a Verdade é agir com Justiça. Ontologicamente, isto é, do ponto de vista do Ser, Justiça é a ação segundo a Verdade, e Verdade é o que é, independentemente da vontade.

Ontologicamente, portanto, falamos do Direito Natural, que independe de norma escrita, o deontológico, mas lhe serve de referência material.

Ontologia é a parte da filosofia que trata da questão do Ser. É o que antes se denominava Metafísica e tem relação direta com o direito natural clássico.

O Ser em si não é uma questão jurídica, mas é o parâmetro para que o dever-ser seja jurídico. Se o dever-ser refletir o Ser, ou, ao menos, naquilo que lhe é lícito ser diferente, não afrontá-lo, será norma de justiça.

Corresponde ao Ser o saber natural, a que chamaríamos saber ético (alguns chamam de *saber moral*), que não se aprende e nem se desaprende, conforme diz Aristóteles, pois já é nato. Tudo aquilo que é saber sobre o homem em si, todo ser humano traz naturalmente e nunca perde. Ao ontológico, finalmente, corresponde o ético, que diz respeito a valores absolutos e invariáveis no tempo e no espaço, enquanto que a moral corresponde ao deontológico.

Falaremos, portanto, em Deontologia como estratégia tecnológica, ou, a

1 Em Verdade e Método.

dimensão da vontade (Dever-ser) como Técnica.

Deontologia é o que trata do dever-ser e tem relação direta com o direito positivo ou legal, e ainda também com o direito consuetudinário ou costumeiro, que trabalha com regras, ainda que não escritas.

O dever-ser está ligado ao fazer e isso é obra do homem, explicitando a sua vontade. Tudo que é feito intencionalmente é um dever-ser, um artifício.

Ao contrário, o que é fruto do acaso, a que chamamos natural, é Ser.

Quando se coloca o direito no âmbito da vontade, trata-se da conveniência. Em um sistema democrático, a conveniência é a ordem social para possibilitar a convivência, enquanto que em um sistema autoritário, faz-se prevalecer a mera vontade do poder para sua própria sobrevivência.

De modo geral, no entanto, se o dever-ser é uma questão de vigência formal de um sistema legal, a sua eficácia dependerá dos parâmetros ontológicos ou de realidade que adotar.

Ao deontológico, por se tratar de invenção do homem, corresponde o *saber técnico*, que deve ser aprendido e também se desaprende, ou melhor, fica desatualizado em função da relatividade que dá dinâmica ao cotidiano.

A partir do pensamento moderno, deu-se ênfase ao fazer, em detrimento do ser. No caso do Direito, em busca de um sistema racional e objetivo que possibilitasse garantir o patrimônio, surge o direito como contrato, enquanto que o ordenamento jurídico, mais do que o reflexo do ser natural, passa a ser declaração de vontade, o chamado contrato social.

Mais tarde, já no século 19, a racionalidade passa a ser preocupação do direito público, de modo que surge, a partir de Max Weber, inclusive, a moderna burocracia, na tentativa de neutralizar a "individualidade" na condução da administração pública, fundando-se o direito positivo como comando do poder estatal.

O Direito é, assim, como direito público, instrumento da administração social, procurando dar eficácia às normas reguladoras da economia.

Se uma ciência caracteriza-se pelo resultado plausível, através do método, temos que o método no Direito é o método hermenêutico, que supõe o uso da lógica sofisticada (lógica formal) como procedimento, e o uso da lógica material aristotélica como realização do Justo, uma vez que o método é o meio e não o fim

em si mesmo. A ciência jurídica caracteriza-se pelo raciocínio explícito do juiz (implicando aí o trabalho de todos os agentes jurídicos envolvidos no procedimento), a fim de demonstrar qual a razão pela qual chegou a determinada conclusão.

Por isso tudo, podemos dizer seguramente que, se o Direito tem um método, trata-se de uma ciência. Não é uma ciência positiva, como as ciências naturais, mas, de alguma forma, ao tornar possível que o Ontológico suponha o Deontológico, ou seja, que mesmo a vontade do Homem, de alguma maneira, faz parte da Natureza, e, portanto, deve a ela estar submetida, é uma ciência filosófica e, assim, com caráter discursivo, cuja estrutura é lógica.

A NATUREZA DO DIREITO NA HISTÓRIA DO PENSAMENTO

Como o Direito é uma disciplina filosófica, e estudar a filosofia é, na verdade, estudar a História da Filosofia, - no caso, a História da Filosofia do Direito -, interessante passarmos rapidamente alguns pontos de vista jusfilosóficos.

Esse estudo, o da História da Filosofia, revela que a Filosofia divide-se em formas de pensamento, os quais agrupam-se em escolas. As escolas filosóficas afiliam pensadores e criam tradições.

Em todas as grandes escolas filosóficas encontramos algum ponto de vista acerca da cultura jurídica, mas, de modo especial, temos essa preocupação presente em escolas que mais se preocuparam com a questão jurídica em si.

Dentre outras, temos:

- o Jusnaturalismo

As escolas jusnaturalistas são muitas. Basta-nos aqui esclarecer que a denominação *Direito Natural* traz ao menos três conotações importantes: a clássica e a moderna, passando pela medieval.

Do ponto de vista clássico, o direito como natureza é visto como uma manifestação natural do homem como animal político. Insere-se o homem na natureza, sendo um dos seus elementos e, portanto, a manifestação jurídica é uma manifestação natural desse animal que vive em grupo e constrói cidades. Encontramos essa idéia, na sua essência, em Aristóteles, por exemplo.

Da perspectiva natural e até mesmo panteísta inicial clássica, passamos à Idade

Média que, com o domínio dos valores cristãos, entende o Direito não como uma manifestação meramente natural, mas, como uma expressão, sobretudo, da vontade divina. O Direito Natural medieval, então, é um direito divino, pois os valores que tutela são os valores da vontade de Deus e, portanto, a lei nada mais deve ser do que a expressão dessa vontade.

Se, em um primeiro momento, que é a idade clássica, o *metafísico* é o que esconde a essência da natureza, em outro, a idade medieval, o *metafísico* é a própria vontade de Deus. Pregam assim Santo Agostinho e posteriormente Santo Tomás de Aquino, expoentes maiores do pensamento cristão medieval, este último fazendo uma releitura, do ponto de vista cristão, do pensamento aristotélico.

Chegando à Idade Moderna, a chamada idade da luz, não se conformando os pensadores com o apelo à vontade de Deus como pretensa justificativa para a natureza das coisas, procuraram abolir a fundamentação teológica do Direito, substituindo-a pela Razão. Apenas o que é racional pode ser natural e, portanto, cabe à lei expressar não a vontade de Deus, mas, os direitos que o Homem tem por natureza, mesmo que Deus não exista, como diz a expressão de Ugo Grócio.

O Direito moderno, portanto, trabalha a declaração de direitos, ou seja, declara-se o que já existe e o papel da lei é apenas o de tornar mais claro, de forma racional, o direito natural.

– o Positivismo

Se, de um lado, nas ciências em geral, pregava-se que apenas as ciências naturais, aquelas que permitem conhecimentos empíricos, é que podem ser chamadas realmente de ciência, porque proporcionam conhecimentos objetivos, já no Direito a necessidade de racionalização começou a exigir a imposição de leis postas, ou seja, positivas, que definissem bem os direitos (e deveres) e sobre as quais trabalhasse o jurista.

Essa questão não é nova na história, mas já no século 19 funda-se o moderno positivismo, quando Augusto Comte entende que a sociedade é um dado natural e, pois, que deve ser estudada de forma empírica. A sociologia não é mais que uma ciência natural e, assim, o direito, para não cair no subjetivismo "metafísico", deve ser direito posto, reduzindo-se o direito a leis escritas.

– o Direito livre

O direito como lei traz certa objetividade, mas, no fim, descobre-se que a lei positiva, como fruto da atuação do poder, é, mais que tudo, instrumento de poder.

A Escola do Direito Livre, ao contrário, prega que o Direito deve ser fruto da livre pesquisa em cada situação fática e social. O direito deve ser livre de imposições legais que representam a vontade de poder.

O exagero dessa escola, cujo expoente maior é Hermann Kantorowics, é desconsiderar o importante papel da lei como referência obrigatória e, assim, como limite à própria vontade de poder.

- o Neopositivismo

No início do século 20 surge a teoria lingüística que, em resumo, entende que as palavras não representam a realidade ontológica, mas, são apenas representações da vontade.

Dessa maneira, só pode valer realmente o que está posto, a partir de consensos.

O Neopositivismo é um positivismo de ordem idealista, não empírica como o positivismo comteano, porém, no final, ao se passar à institucionalização dos discursos, através da palavra posta, dogmatiza-os de tal forma que estes passam a ser os únicos dados consideráveis.

O Neopositivismo surgiu no chamado Círculo de Viena, freqüentado por Wittgenstein e pelo jurista Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito, de cunho normativista.

O Idealismo, de modo geral, desemboca no Normativismo, pois, relativista, acredita apenas na capacidade humana de fazer. E o Direito, portanto, só pode ser fruto do fazer do Homem e não da Natureza. Daí tratar-se de um positivismo legal.

- o Agir Comunicativo

Como as teorias modernas parecem ter-se esgotado sem dar respostas satisfatórias, temos uma nova tentativa de conceber o Direito que é a Teoria do Agir Comunicativo.

Jürgen Habermas, o filósofo alemão que a planificou, entende, como o Neopositivismo, que não há que se falar em realidade ontologicamente entendível, mas, que, na verdade, tudo é questão de consenso.

Não importa *o que é*, mas, *o que deve ser*, a partir da vontade dos participantes de um diálogo, no qual definem juntos e em igual status de participação, a vontade de todos.

O instrumento para a reforma, segundo entendimentos momentâneos e sempre revistos, da própria sociedade, é, pois, um instrumento que possa dogmatizar o entendimento prevalecente a cada momento. É a lei.

Segundo a Teoria do Agir Comunicativo, todo entendimento é momentâneo, é *ad hoc*, mas, enquanto prevalecer, deve ser obedecido "ao pé da letra".

Dá um passo em relação ao Direito Moderno, pois já não trabalha com o conceito de direito natural esclarecido ou declarado, mas com a idéia de direito constituído a partir de vontades ideologicamente concebidas.

- a Filosofia Hermenêutica

Já a Filosofia Hermenêutica, não se conformando com o "metodologismo" do pensamento moderno em diante, procura resgatar a possibilidade, a partir da necessidade, de uma compreensão universal.

Para tanto, a Filosofia Hermenêutica busca referência na Ontologia, ou seja, na possibilidade da verdade natural, como essência da existência.

Seguindo a tradição desde Aristóteles, temos os alemães Dilthey, no final do século 19, Heidegger, em meados do século 20 e Gadamer, no último período do mesmo século, procurando construir uma subjetividade que resgate a realidade humana da prisão do objetivo e racional.

Essa tradição, a aristotélica, é exatamente a que trabalha a Lógica Formal e a Lógica Material em conjunto, posto que o recipiente está para o líquido assim como o líquido está para o recipiente.

A ESTRUTURA SILOGÍSTICA FORMAL

Do ponto de vista tecnológico, o direito possui uma estrutura lógica, de cunho formal, que leva à formação de juízos coerentes, uma vez que se considera o Ordenamento Jurídico como um todo. Os juízos, portanto, são fruto de raciocínios lógicos, de maneira que os conceitos jurídicos servem de base a uma edificação racional que só se diferencia da razão filosófica geral pela especificidade da sua base. Na realidade, a lógica jurídica é a mesma lógica de todo raciocínio, diferenciando-se apenas na intenção prática de inserir no mundo uma idéia nova (decisão constitutiva) ou esclarecer o próprio sistema axiológico em que se baseia o Ordenamento (decisão declaratória) e, por isso, não sendo suficiente a coerência, é

preciso que a lógica formal seja completada pela lógica material, de cunho pragmático.

Lógica significa, etimologicamente, logos, palavra, discurso, razão, Na verdade, a Lógica, como Lógica Formal, dá as regras do pensamento correto, ou, em outras palavras, é o Método que permite rigor no pensamento do filósofo, do cientista ou do jurista

Não bastando conhecer, mas, sendo necessário demonstrar esse conhecimento, cuja comunicação dá-se pela palavra, Aristóteles entendia a lógica como ciência da demonstração, que, em complemento à Lógica Formal, é a Lógica Material.

A Lógica Formal, também denominada Lógica Menor, é a estrutura formal do discurso e, como tal, é a racionalidade do discurso, ou seja, o que lhe dá uma padronização metodológica, de modo a conferir-lhe uma referência normativo universal capaz de certificar a sua cientificidade e possibilitar a sua tradução, como gramática.

Assim, a Lógica Formal é que dá ao texto a capacidade de ser compreendido, porque obedece a regras de procedimento que dão a correção. Essa estrutura, enfim, é a referência do pensamento correto, não importando, por si mesma, o conteúdo do discurso.

Por isso, do ponto de vista formal, um discurso deve, simplesmente, ser correto sendo indiferente se é verdadeiro.

Dessa maneira, a forma por excelência do discurso está estruturada sempre em termos silogísticos.

Silogismo é a estrutura lógico formal do discurso que obedece a uma interligação de juízos, resultando necessariamente em uma explicitação, que é a síntese, de um conhecimento já contido nas explanações que encadeia, chamadas premissas.

Assim, temos:

Premissa Maior – Tese

Premissa Menor – Antítese

Conclusão – Síntese

Essa é a estrutura acadêmica que todo e qualquer discurso científico deve ter para ser um discurso lógico, e aplica-se evidentemente ao discurso judicial.

Equivale a uma estrutura metodológica composta assim:

Começo – Introdução

Meio – Desenvolvimento

Fim – Conclusão

Vale dizer, portanto, que um discurso que não esteja estruturado dessa maneira é um discurso inepto, sem validade, e, portanto, sem competência para comunicar um conteúdo.

Do ponto de vista lógico formal, o Silogismo é o encadeamento de idéias, de maneira que a conclusão ou síntese nada mais é do que o resultado óbvio da junção das premissas, maior e menor.

Por certo que essa síntese poderá funcionar como uma nova premissa em relação a outra e assim resultar um novo silogismo, e assim infinitamente.

O sistema silogístico é o sistema dialético de posição, contraposição e composição.

Como a Lógica Formal não se importa com o conteúdo, surge a figura do Sofisma.

Sofismas, que derivam da capacidade dos Sofistas de usarem a Lógica Menor como pensamento formalmente correto, porém, nem sempre verdadeiro, são instrumentos legais no sentido lógico, de fazer impor um determinado interesse através de um discurso formalmente correto ou aparentemente correto. Sofismas são raciocínios falsos, também ditos *paralogismo* ou *falácia*, pois apenas aparentemente obedecem as regras do silogismo.

Os Sofistas, combatidos por Sócrates, não se importavam com a busca da verdade, porque não eram filósofos, mas retóricos. Não buscavam a justiça, porque não eram juízes, mas advogados e, como patrocinadores de um interesse, precisavam convencer a respeito de uma determinada versão discursiva. Daí o Sofisma como instrumento de convencimento, mas não necessariamente de demonstração material do real.

Os sofismas podem ser quanto ao *conteúdo* (formalmente correto, mas falso) e quanto à *forma* (formalmente equivocado ou invertido). Ex. do primeiro: todos os alunos são interessados; eu sou aluno; logo, eu sou interessado. Ex. do segundo: todos os alunos são homens; o professor é homem; logo, o professor é aluno.

São alguns exemplos de sofismas:

Petição de princípio ou *círculo vicioso* é responder a uma questão com ela mesma: um crime é um ato injusto, pois o que é injusto é criminoso.

Ignorância da questão é desviar o assunto. Ex.: defendendo um criminoso cujo delito não dá para negar, o advogado desprestigia a vítima.

Sofisma accidental é considerar algo pelo acidente e não pelo essencial. Ex.: se um juiz erra, considera-se inútil a Justiça.

Sofisma de conversão é fazer corresponder, convertendo, os termos de uma proposição. Ex.: todos os alunos são interessados, logo todo os interessados são alunos.

Princípio da autoridade, por sua vez, é ao contrário da *autoridade do princípio*, impor um raciocínio a partir da autoridade de quem o diz, julgando-o, por isso mesmo, como correto ou verdadeiro. Diz-se, por exemplo: "Conforme ensina Fulano..."

Do ponto de vista da Lógica Formal, ainda, diríamos que aporia é uma situação sem saída (*poro* é saída), a partir da contradição perfeita entre duas proposições. Podemos chamar também de *antinomia* ou *oposição insolúvel*. Ex.: a seguinte frase é verdadeira: a frase anterior é falsa.

Isso mostra que a Lógica (formal) é imprescindível no discurso demonstrativo, mas, não basta. Ou, como disse Kafka, em *O processo*, "a lógica é inabalável, mas, não pode opor-se a um homem que deseja continuar vivendo."

Se Lógica, nesse caso, é a Lógica Formal, significa que a vida real é objeto da Lógica Material.

A ESTRUTURA FORMAL DO DIREITO

O processo judicial, assim como qualquer processo retórico, de demonstração através da palavra, obedece exatamente ao sistema silogístico. A estrutura formal do Direito mostra que o Direito é, em si, um processo. Mas, tem, como consequência, o processo, através do qual irá ser realizado, como um método formalmente estruturado.

Como foi dito, o sistema silogístico é o sistema dialético de posição, contraposição e composição e essa é a forma visível do chamado princípio do contraditório que informa o processo judicial contencioso, redundando no

princípio da ampla defesa e do devido processo de direito.

Corresponde à tese a proposição ou posição devida ao autor. É, em sentido amplo, a acusação ou libelo. Tanto no processo criminal como no processo civil há um libelo inicial, ao qual, de modo automático, há uma oposição, que é a contraposição devida ao réu, consistente na sua possibilidade de contradizer a proposição do autor, ou seja, de se defender. Isso é a representação lógica do conflito, que deverá ser resolvido pelo juiz.

Diante dessas duas premissas que instauram a lide, que, na verdade, podem conter dentro de si outros tantos silogismos, caberá ao juiz, finalmente, fazer a composição da lide, ou seja, fazer um juízo, que é exatamente a interligação dessas premissas, posto que, do ponto de vista lógico formal, não pode haver contradição válida.

A contradição representada pela oposição contestatória é apenas metodológica, porque o juiz terá de, por meio de um exercício de lógica, fazer a composição, isto é, tornar, de alguma forma, esse discurso lógico.

Isso é resolver ou compor a lide, o que, em termos materiais deverá significar a restauração da harmonia comprometida pelo conflito.

Por isso mesmo é que preferimos chamar de princípio do devido processo de direito, o *due process of law*, e não simplesmente de "devido processo legal", porque o que importa é a manutenção da dialética, da possibilidade de contradizer, e não a simples observação de ditames legais de procedimento.

Essa composição da lide, ainda no campo meramente formal, é a aplicação imediata das Fontes do Direito, obedecendo a princípios conforme os Ramos do Direito.

Eis aí novamente a estrutura silogística, porque, segundo a Teoria Tridimensional do Direito, elaborada por Miguel Reale, o Direito é a interposição de Normas, Fatos e Valores.²

Nesse sentido, podemos falar em Direito Como Fato Social, como Norma e como Valor.

- o Direito como Fato

A sociedade é um fato que determina o direito e o estado, ou é por eles determinada? A despeito de se poder conciliar as duas coisas, há quem entenda que o fato social é anterior e, portanto, determina o direito e o estado, assim como

2 Estudamos a Teoria Tridimensional do Direito detidamente mais adiante.

quem entenda que apenas a norma estatal deve prevalecer, condicionando a sociedade. Os primeiros são os chamados sociologistas, enquanto que os segundos são os normativistas.

- sociedade orgânica

A noção positivista de sociedade nasce com Augusto Comte, sob o prisma da evolução das ciências naturais, especialmente da biologia de Charles Darwin

Os sociologistas entendem que a sociedade é um fato natural e, portanto, preponderante sobre o direito e o estado, pois é um organismo natural que se rege por normas próprias, as normas naturais da sociologia. Essas normas ou características devem ser observadas empiricamente na realidade social e daí denominar-se também o sociologismo de realismo ou empirismo.

Se a Sociologia em geral estuda a sociedade como fenômeno, a Sociologia jurídica é uma especialização dessa preocupação relativa ao fenômeno social de relevância jurídica. Entende-se, portanto, que está implícito na Sociologia jurídica uma valoração do fato social.

Uma das correntes sociológicas do Direito levadas ao extremo é a chamada *Escola do Direito Livre*, atribuída, na Alemanha, a Hermann Kantorowics, cuja versão francesa leva o nome de *Livre Pesquisa*. Basicamente, entende que o direito é o próprio fato social do qual se extraem as conseqüências, sem nenhuma restrição normativa.

A sociologia tem, classicamente, a visão compreensiva, cuja característica principal é entender que a norma jurídica resulta dos fatos sociais e estes, portanto, condicionam o direito. A Escola do Direito Livre é um exemplo extremo de sociologismo jurídico, para a qual não há nenhum tipo de norma, mas, apenas a prevalência dos fatos. A sociologia reconstrutiva, ao contrário, e como entende Habermas, entre outros, pretende não só compreender a sociedade e seus fenômenos, mas, reconstruí-la conforme conveniências econômicas e, portanto, utilizando a norma legal como instrumento. Já não é sociologia no sentido clássico, mas, insere-se no campo estratégico da própria economia e acaba caracterizando-se como normativismo.³

- o que é e o que se faz

Dentro do campo da sociologia, há que se discutir a relação entre natureza e cultura. Se natureza é tudo o que surge ao acaso, independentemente da

³ Mais de uma vez Habermas admitiu que seu pensamento é o de um economista.

intervenção intrínseca da vontade do homem, a cultura, ao contrário, caracteriza-se pela identidade histórica que o próprio homem forma.

Biologicamente, o homem, que é um ser político, isto é, vive em sociedade, é mais que um mero componente do grupo social. Esse grupo não é resultado da mera soma dos seus integrantes, mas tem uma identidade (cultura) influenciada pelos indivíduos e influenciadora desses mesmos indivíduos, através das normas que a explicitam.

É a cultura o conjunto dos valores que identificam uma sociedade, ou, o "espírito do povo", nas palavras de Savigny.

Por isso, sociologicamente, a identidade cultural de um povo deve ser estampada exatamente no seu ordenamento jurídico.

- direito e moral

No entanto, se o direito reflete os valores do povo, é certo que esses valores têm conotação moral. A Moral, como se disse, compõe-se de um conjunto de valores relativos, isto é, mutáveis no tempo e no espaço e, sociologicamente, dão eficácia ao direito. Do ponto de vista filosófico, porém, a própria moral deve coadunar-se com a ética ou tê-la como referência.

Não se pode ignorar, entretanto, que a religião é uma das maiores forças constitutivas de costumes morais e, portanto, sendo a Moral um dos pilares da eficácia jurídica, há, como se depreende da História, íntima ligação entre o Direito e a Religião, desde as teocracias (governos exercidos por instituições religiosas) até as atuais democracias leigas ocidentais.

- o Direito como Norma

Norma é toda regra genérica e abstrata, seja vigente (positiva) ou não vigente (consuetudinária ou costumeira).

A regra é genérica porque contém prescrições gerais e não particulares, servindo, a princípio, para qualquer situação e, por isso mesmo, para nenhuma delas em particular.

É abstrata porque não contém, em si mesma, qualquer consequência concreta e efetiva, mas que dependerá de um fato concreto para ser aplicada e fazer surtir efeitos que, no seu bojo, são apenas projetos.

Já a norma vigente é a lei escrita, ou seja, aquela constituída formalmente segundo os ritos constitucionais legislativos. O Normativismo radical acaba aceitando como válidas apenas as normas escritas (Direito Positivo).

Do ponto de vista técnico-científico, toda norma, especialmente a lei, como norma escrita, é um projeto, ou seja, um esboço de realização de vontade, e, como tal, dependerá sempre de efetivas condições reais para se materializar. A imposição violenta de uma norma demonstra que essas condições inexistem, mas, a sanção, que é uma violência simbólica, como "ameaça", é inerente à norma e, especialmente, à lei.

A norma, como projeto, ou esboço de vontade, pode vir a ser caracterizada como declaração ou como constituição de direitos ou de situações de dever.

Declarar direitos é apenas esclarecer o que naturalmente já existe. O ponto de vista do jusnaturalismo moderno entende que há necessidade de normas como método de esclarecimento e objetividade dos direitos já derivados da própria natureza das coisas.

Por outro lado, constituir direitos ou situações de dever, é inventar algo que não existe ainda, ou, em último caso, nunca vai ser possível saber se existe, o que é a mesma coisa. É o ponto de vista do ceticismo criticista kantiano. Nesse caso, fica inteiramente nas mãos do próprio legislador a competência para dizer o que é ou não é direito e este o fará sempre a partir da conveniência política ou totalitária.

Quando a lei constitui situações indiferentes ao Direito Natural ou ao Direito Consuetudinário, não gera problemas, mas, quando conflita com o natural ou com o costume, certamente, gera uma concorrência complicada, onde haverá, de um lado, a lei, como norma vigente e, pois, exigível, e a força da natureza ou mesmo do costume, de outro. Embora o costume não se confunda com o natural, é certo que, por nascer no bojo da sociedade, de forma espontânea, acaba adquirindo mais eficácia do que a vontade de alguns, embora representando todos, expressa na lei escrita.

O Normativismo radicaliza o entendimento do Direito como Norma e, desse ponto de vista, o Direito não pode senão constituir-se de normas escritas, as quais devem condicionar a vida social.

Para o Normativismo em geral, o único momento de escolha de valores é o momento político. Erigido um valor em norma escrita, cessam todas as

preocupações sociológicas e valorativas do juiz, ao qual cabe apenas a aplicação do texto legal.

A Teoria Pura do Direito, defendida por Hans Kelsen, é um exemplo de radicalização do direito como norma escrita, onde se pretende salvar o Direito de toda e qualquer influência ideológica, mas, sendo relativista, sujeita-se ao poder do mais forte, já que, não havendo um parâmetro ontológico ou natural de verdade, é lícito a cada um impor a sua vontade e, logicamente, a do mais forte prevalecerá.

Como já foi dito, a sociologia clássica é a que compreende o fenômeno social, sem interferir no mecanismo social. Já a denominada sociologia reconstrutiva, deixa de ser sociologia no sentido anterior e passa a interferir no mundo social a partir de institutos jurídicos, a serviço de uma administração da sociedade, o que caracteriza a moderna economia.

Trata-se, na verdade, de uma idéia filiada ao normativismo, pois entende que a Norma é que deve condicionar os valores e cultura, a partir de uma ideologia de poder preconcebida. É o chamado *positivismo lógico*.

O Direito, na verdade, constitui-se como ordenamento e, portanto, os dispositivos legais não podem ser aplicados isoladamente, mas, sempre considerando-se o ordenamento como um todo.

A integração das normas é exatamente esse trabalho intelectual de compreender os dispositivos legais a partir do ponto de vista da concorrência das normas entre si, a fim de se determinar como e quais dispositivos aplicar.

Chamamos *dispositivo legal* a uma unidade prescritiva da Norma escrita, ou seja, a uma determinação específica sobre alguma coisa, exposta em uma ou mais partes do texto legal. A técnica redacional da lei pode dividi-la em livros, títulos e capítulos, os quais conterão os denominados artigos, incisos e alíneas, respectivamente.

A norma formal, isto é, a lei escrita e exigível, constitui o ordenamento legal, e dela se diz que tem vigência. É uma questão de legalidade ou formalidade constitucional.

Entretanto, a legitimidade de um sistema legal é questão de conteúdo e é o que lhe dá eficácia

Para o Normativismo, de modo geral, a vigência em si já daria legitimidade à norma legal, pois a legalidade supõe uma escolha axiológica, valorativa, no campo político.

Esse modo de pensar parte do princípio de que toda escolha política leva em consideração a conveniência social como um todo, mas, na verdade, a escolha política é, muitas vezes, viciada pelas vicissitudes do processo legislativo, produzindo leis tecnicamente ruins e eticamente questionáveis.

Sobretudo no Direito Público, não basta a legalidade, mas, deve pautar-se o ato administrativo pelo interesse público. É o chamado *princípio da moralidade*.

- exigibilidade da lei

Se uma lei é formalmente válida, quer dizer, passou por um processo legislativo regular, passa a ser exigível.

A obrigatoriedade da lei só é excepcionalizada se ela contradiz norma hierarquicamente superior. Caso contrário, deve ser aplicada, mas, obviamente, levando em conta que o Direito é mais amplo do que a lei.

- teleologia da lei

Ao contrário da idéia de direito livre de qualquer normativismo, mas, atenta, por outro lado, ao exagero da norma condicionante da cultura, há que se entender que o direito não pode caracterizar-se nem por uma e nem por outra.

Na verdade, a norma, e a lei, em particular, deve ser vista como um meio para se atingir um fim. É, pois, a despeito de sua eventual vigência e obrigatoriedade, um referencial a ser sempre completado, a fim de realizar sempre o fim último a que se pretendeu no momento político. Trata-se de uma questão hermenêutica e supõe a dimensão Valor.

Certamente a Ética de Princípios não pode ser esquecida aqui, porque a lei é realmente um princípio, mas com finalidade extrínseca, ou, como disse Geny, pela lei, mas além dela.

- o Direito como Valor

O Direito como Norma nasce de uma condição política, que valora condutas. Somente as condutas podem ser objeto do Direito. E só o são as condutas que têm relevância axiológica, ou seja, que ética ou moralmente assumem importância tal que devam ser disciplinadas.

Axiologia diz respeito a valoração do ponto de vista ético ou moral e diz sempre respeito a condutas.

O Direito, portanto, é uma questão axiológica, pois leva em conta os valores, sejam éticos, sejam morais, incluindo-se entre estes últimos, em sentido lato, os decorrentes das necessidades econômicas.

Há uma diferença, no entanto, entre ética e moral. Se a ética é absoluta e corresponde ao ontológico, a moral é relativa, variando conforme as culturas, no tempo e no espaço, e corresponde ao deontológico. Valores éticos são aqueles naturais, que nunca mudam, como os valores vida, saúde, liberdade, pois sem eles não somos humanos plenamente. Valores morais, por sua vez, são relativos, são mutáveis, tais como os costumes sexuais, por exemplo, variando no tempo e no espaço, conforme as culturas.

Os valores econômicos, na verdade, estão incluídos dentro dos valores morais, aqui entendidos num sentido amplo, já que referem-se à cultura.

De qualquer forma, a melhor definição de justiça ainda é a decorrente da teoria de Aristóteles: *Justo é dar a cada um o que é seu.*

Portanto, a ação justa é a ação segundo a verdade e como a verdade supõe o conhecimento de fatos, a justiça supõe antes um processo de conhecimento.

A palavra *equidade* quer dizer igualdade, mas não uma igualdade literal, pois igualaria situações desiguais, e sim a igualdade justa, que é proporcional, pois respeita as diferenças na sua exata medida.⁴

Ao contrário do que pregam certas escolas hermenêuticas, adotadas por muitas legislações normativistas, a equidade não é cabível apenas em determinadas situações, mas, como correção, pelo juiz, da generalidade abstrata da norma, deverá ser sempre padrão de juízos de valor.

Nesse sentido, Aristóteles diz, na *Ética a Nicômaco*,⁵ que o *juiz é a justiça animada*, pois corrige e dá vida ao texto frio da lei, como ensina Maximiliano em *Hermenêutica e aplicação do direito*.⁶

Se as Normas e os Fatos são as premissas, respectivamente, maior e menor, a Valoração é a síntese de ambos, isto é, a interpretação do significado de um em

4 Observe-se que a palavra *equação*, usada na matemática, é representada pelo sinal de igual (=), que sustenta o equilíbrio entre as duas partes que se equivalem.

5 Os textos são citados nas referências bibliográficas ao final, e serão objeto de estudo no decorrer deste livro, com citações mais precisas, conforme a necessidade.

6 Idem.

relação ao outro, supondo uma anterior valoração, já contida em fatos e normas, feita num momento cultural ou político.

AS FONTES DO DIREITO COMO NORMA

As Fontes do Direito se dividem em duas espécies: Temos as Fontes Formais do Direito, que podemos chamar, em sentido amplo, de Normas, e temos as Fontes Materiais do Direito, que, na verdade, são os Fatos.

As fontes formais do Direito são as instituições jurídicas que norteiam a aplicação do Direito diante das fontes materiais que são os fatos.

Realmente, há necessidade sempre de um fato típico, ou seja, de uma conduta que, de alguma forma seja prevista numa fonte formal, isto é, em sentido amplo, numa norma, e de tal modo se instaure um conflito, para que o juiz seja convocado a resolvê-lo, o que deverá fazer através do processo.

Se as fontes materiais são os fatos, e esses fatos irão ter as mais amplas possibilidades de ocorrência, conforme a dinâmica da vida social, é preciso, portanto, que sejam fatos com relevância jurídica, assim previstos de alguma forma, em alguma norma.

Quais são, então, as fontes formais ou normas em sentido amplo?

De modo geral, são citados como espécies de fontes formais: A lei, os costumes, a jurisprudência, a doutrina jurídica, os contratos coletivos, os tratados internacionais (estes com ressalva) e os princípios gerais de direito.

- a lei

A lei é a norma escrita e imposta pelo poder político competente, cuja vigência é a sua existência no mundo jurídico, a partir do seu surgimento através de um processo legislativo formalmente válido, e tem sido, a partir do pensamento moderno, a principal fonte de direito, na medida em que é o instrumento mais apropriado à racionalização da tutela dos interesses.

Do ponto de vista legal, o ordenamento é um organograma, cuja hierarquia dá como fundamental a Constituição, seguindo-se de leis complementares, leis ordinárias e demais atos administrativo-legislativos.

- os costumes

Os costumes são a maneira cultural de uma sociedade manifestar-se. A partir da

repetição, constituem regras que, embora não escritas como as leis, tornam-se observáveis pela própria constituição de fato da vida social.

Há costumes contemplados na lei, como há costumes não abrangidos pela lei e que completam o sistema legislativo, assim como costumes opostos à lei.

Embora, à primeira vista, os costumes não possam revogar leis, é certo que, por serem estas produto da valoração social acerca de circunstâncias fáticas, e os costumes constituírem, na sua informalidade inicial, a própria dinâmica social, acabam apontando o anacronismo das leis escritas, as quais, muitas vezes, deixam de ser observadas, por perderem o sentido na nova situação social.

- a jurisprudência

A palavra *jurisprudência* significa etimologicamente a ciência do justo, mas, como fonte de direito, significa o conjunto das decisões judiciais, especialmente dos tribunais superiores, quando constituem clara posição judicial a respeito de um tema.

Teoricamente, as decisões de tribunais superiores podem ou não vincular os juízes inferiores. Caso isso aconteça, como, por exemplo, as decisões normativas da Justiça do Trabalho, é certo que a jurisprudência torna-se, como regra geral, uma norma. Se, porém, não há esse poder vinculante, a jurisprudência acaba sendo um referencial importante, mas, inexigível, torna-se importante, na verdade, apenas na medida da força argumentativa dos decisórios, voltando ao significado etimológico de ciência do direito.

- a doutrina jurídica

A doutrina jurídica é o conjunto de estudos especulativos e jusfilosóficos, isto é, teóricos, a respeito de questões jurídicas e legais.

Difere da jurisprudência no sentido de que é meramente teórica, ao passo que esta é fruto da aplicação concreta do direito.

Assemelha-se à jurisprudência não vinculante, pois como esta, vai impor-se tão somente pela força argumentativa dos doutrinadores.

A doutrina jurídica é importante manifestação da cultura jurídica e acadêmica, servindo de base ao nível de preparo dos agentes jurídicos.

- os contratos coletivos

Os contratos coletivos são acordos que fixam direitos e respectivas obrigações por parte de entidades que congregam interesses supraindividuais, de maneira que

são complementares à legislação, tornando-se obrigatórios. Um exemplo disso são as convenções coletivas de trabalho, celebradas entre entidades sindicais de patrões e empregados, a fim de regular as condições de trabalho e sua remuneração.

- os tratados internacionais

Nos tratados internacionais são estabelecidos acordos entre países, a respeito de qualquer assunto de interesse jurídico, comprometendo-se os signatários a incorporá-los no seu direito interno.

O Direito Internacional, tradicionalmente, não tinha o poder de execução encontrado no direito interno, mas, cada vez mais, vincula as nações do mundo inteiro, seja por força das ameaças de guerra, seja por força das ameaças de caráter econômico.

Por isso, o Direito Internacional tem interferido cada vez mais no direito interno, ainda que este não tenha encampado os termos dos acordos internacionais.

Um exemplo claro da competência do Direito Internacional a respeito de circunstâncias internas é o que diz respeito aos Direitos Humanos, cujos Tribunais Internacionais têm exercido relevante função.

Os tratados internacionais, que se tornam cada vez mais importantes para o direito interno, só podem ser considerados fontes do direito interno se for adotada a teoria monista, que entende que o direito interno e o direito internacional não têm diferença, valendo automaticamente o tratado no direito interno, ao passo que a teoria dualista, ao contrário, diz que o direito interno difere do direito internacional e que um tratado só pode ser internalizado por uma lei do país, de maneira que não seria fonte, já que a fonte, no caso, seria a lei que o internalizou. Isso equivale a dizer que o tratado internacional não opera automaticamente no direito interno, mas apenas inspira as mudanças que prevê.

- os princípios gerais de direito

Os princípios gerais de direito são cláusulas referentes a condições formais do direito, que, por independerm da vontade de quem quer que seja, inclusive dos legisladores, são exigíveis, encontrando força a partir da racionalização do pensamento e constituem, na verdade, parâmetro metodológico para o processo de aplicação do direito como um todo.

- a problematização da analogia e a equidade

A *analogia*, por sua vez, embora seja considerada fonte de direito por muitos,

parece-nos, na realidade, que também é parâmetro metodológico de aplicação da lei, pois a analogia é, nos casos em que os princípios gerais de direito admitem, a invocação de norma reguladora de situação semelhante a outra, não regulada.

A *eqüidade*, outrossim, não pode ser encarada apenas como fonte excepcional de direito, quando não há norma direta ou analógica. É, ao contrário, a própria finalidade do direito justo, ontologicamente fundamentado.

OS RAMOS DO DIREITO E SEUS PRINCÍPIOS

Tratando, pois, dos princípios gerais de direito, e da analogia, como meio, e da eqüidade como fim, há que tratar dos ramos do direito e de seus princípios.

O Direito pode ser dividido em dois grandes ramos, que são o Direito Público e o Direito Privado, com princípios próprios que diferenciam o modo de raciocínio com um e com outro.

Aristóteles ensinou que há três tipos de justiça: a justiça legal, a justiça comutativa e a justiça distributiva. Estas espécies definem os ramos do Direito, mas é possível, na verdade, que muitas vezes se apresentem juntas.

O Direito Público trata das relações que envolvem o Estado, seja para regulamentar os deveres deste para com o cidadão, a justiça distributiva, como, por exemplo, o Direito Processual, seja para regular os deveres do cidadão para com o Estado, a justiça legal, como, por exemplo, o Direito Processual, o Direito Penal e o Direito Tributário.

É claro que a Justiça Distributiva, no seu sentido filosófico, compreende a justiça social como um todo, inclusive a Economia, mas, no caso, interessa precisamente a sua conotação de prestação jurisdicional, relacionando-se com o Direito Processual.

O princípio do Direito Público é o da legalidade, mas, tendo em vista a finalidade de bem comum do Direito, essa legalidade deve atentar para o princípio político da Ética, o bem comum, que exige não só a legalidade, mas a legitimidade.

O Direito Privado, por sua vez, trata das relações entre pessoas naturais, os cidadãos entre si, e, portanto, de relações naturais, que existem por si mesmas, independentemente de previsão legal, embora devendo ser tipificadas, de alguma forma, em alguma outra norma ou fonte formal do Direito. É, de modo geral, o Direito Civil, embora com várias denominações de áreas.

Trata-se aqui da chamada justiça comutativa, cujo princípio é a equidade, ou seja, o equilíbrio natural entre as pessoas, de modo a permitir a convivência social e, assim, a sobrevivência da sociedade.

Não há necessidade de lei, porque as pessoas existem - e, assim, os problemas da vida social! -, independentemente da atuação do Estado, embora, cada vez mais o Estado tenha se imiscuído na vida privada.

Há que observar, dessa maneira, que o juiz não está dispensado de julgar por não haver lei, mas, por outro lado, haver leis para quase todas as situações naturais da vida é um fenômeno político moderno.

Assim, o Direito Público exige, como premissa, a norma legal, que, como se viu é escrita unicamente pelo Estado, porque o Estado é a lei e, se há uma relação com o Estado, há uma relação legal.

Mas, também no Direito Privado pode haver, como realmente tem havido, maior intromissão do Estado na vida privada, estabelecendo assim também uma relação de legalidade.

De qualquer modo, como o Estado deve suprir a questão do bem comum, essa lei deve ser legítima, de maneira que a lógica formal e a lógica material acabam tendo de se complementar.

De qualquer forma, seja no Direito Privado, seja no Direito Público, a equidade é a finalidade do Direito, e, por isso o símbolo da balança, com a diferença de que, no Direito Público, a equidade será observada a partir da lei, pois "todos são iguais perante a lei", e no Direito Privado, a partir de qualquer fonte formal, inclusive, mas não exclusivamente, da lei.

Vem aqui a necessidade de se discutir a questão nomogenética, que inclui a questão da legalidade e da legitimidade, ou seja, da Política com a Ética.

NOMOGÊNESE: A POLÍTICA COMO PROBLEMA ÉTICO

Se as leis, na Antigüidade, eram não mais que referências metodológicas para a administração da justiça, na Modernidade, passam a ser a maneira de o próprio Estado moderno acontecer, de maneira que é possível dizer não que o Estado faz a lei, mas que o Estado é a própria lei.

Assim, na Antigüidade, havia uma flexibilidade que, com o advento da razão

moderna, transformando-se posteriormente em "razão de estado", já não é mais possível, porque a flexibilidade discursiva é própria da discussão política, mas, em nome da democracia, ou melhor, do Estado Democrático de Direito, as conclusões políticas devem ser dogmatizadas. Afinal, as ordens (legais) são feitas para serem obedecidas e não para serem discutidas. A questão, portanto, é: Por que obedecer as leis do Estado?

Do ponto de vista do poder, as leis devem ser obedecidas porque é uma ordem, mas, do ponto de vista ético, apenas porque são meio de comunicação que evitam o conflito e, assim, fazem parte, elas mesmas, da natureza humana, que é uma natureza social e política.

Supomos aqui que Ética, como bem comum, e Política, como realização do bem comum, convergem sempre, não obstante possa ocorrer, como ocorre, uma corrupção da Política, para se transformar em instrumento herético do interesse colidente com o bem comum.

Kant faz a distinção entre imperativo categórico e imperativo hipotético, aquele baseado na autonomia e este baseado na heteronomia.

A autonomia (auto + noumos) é dar normas para mim mesmo, e trata da ética de princípios, quando eu sigo uma norma (um princípio) por ele mesmo, pelo valor que o princípio encerra, no qual acredito, ao passo que a heteronomia (hetero + noumos) é receber normas de outrem, no caso, a sociedade, e trata da ética de resultados, quando eu sigo uma norma não pelo valor que o princípio encerra, mas por causa das conseqüências da desobediência, como a sanção prevista.

Contudo, é preciso observar que a norma legal (deontologia) pode ter a pretensão de ultrapassar limites naturais (ontologia), de maneira que nem a sanção nela prevista pode ser suficiente para garantir a sua observância de fato.

Então, como projeto, desejo de que algo aconteça ou deixe de acontecer, a norma legal pode falhar. No fim das contas, vai prevalecer o ponto de vista ético, que diz que as normas devem ser obedecidas apenas porque são meio de comunicação que evitam o conflito, e só serão observadas quando efetivamente cumprirem esse papel.

É necessário, contudo que, como meio eficiente de comunicação e coesão social, a norma legal obedeça uma outra norma, própria do discurso, seja lá qual for, que é a lógica, formal e material.

O CONTEÚDO TELEOLÓGICO DO PROCESSO

O Direito normativo é em si mesmo um processo, como se viu. Desse modo, como todo processo como meio tem uma finalidade extrínseca, a sua aplicação como realização através do processo judicial redundando também na operacionalidade do processo.

O processo judicial, portanto, só tem sentido como instrumento operacional de solução de conflitos, ou seja, é a maneira ordenada de aplicar as fontes formais em relação aos fatos, que são as fontes materiais, adequando os significados mútuos de fatos e normas.

Como a equidade é um exercício retórico, antes de se materializar, é preciso levar em conta que a Norma é algo posto, dado e fixo, enquanto tal, num determinado momento. Não só a lei é algo posto, dado e fixo, mas qualquer norma, ou seja, qualquer fonte formal. A diferença é que a lei é originada no Estado.

Por outro lado, o Fato, que é dinâmico na história, em si é um dado posto, e, portanto, também fixo.

Norma e Fato são objetivos e pertencem ao mundo como explicação, mas, ao estabelecer-se um conflito entre eles - caso contrário não há sentido jurídico -, esse conflito deverá ser resolvido com a adaptação de ambos entre si. É a Valoração.

Antes de qualquer conclusão a respeito, seria interessa recordar a história da Hermenêutica como filosofia.

Na medida em que o Direito é dinâmico e realiza-se como tal na decisão do juiz, a história da hermenêutica jurídica é a própria história do direito. Há que se salientar, contudo, que, quanto à interpretação em si, surgiu uma ciência hermenêutica geral, válida para todas as ciências humanas, que, ao mesmo tempo, influenciou e foi influenciada pela particular função de interpretar as normas. Assim, interpreta-se qualquer texto (e texto é qualquer manifestação que requer interpretação) e, na hermenêutica jurídica, interpreta-se o texto normativo. O que é esse texto normativo é que deve ser discutido.

- as escolas na hermenêutica jurídica

Tradicionalmente, o texto normativo ora foi entendido de maneira abrangente,

ora restrita. Tivemos, entretanto, com preocupação a respeito da interpretação legal, as escolas exegética, pandectista e analítica, todas de cunho legalista.

Parte-se ora do princípio de que o texto é sagrado, devendo ser respeitado como tal, ora do princípio de que a autonomia democrática estampou no texto sua vontade e que, portanto, não pode ser objeto de interferência.

Mas, ambos, no final, dão guarida à tese da obediência cega a uma ordem de poder.

- a escola da exegese

A Escola da Exegese não admitia a interpretação do texto em sentido amplo, mas, apenas, o seu entendimento gramatical e textual, a fim de espancar as lacunas e divergências que existem no ordenamento jurídico apenas de forma aparente.

- a escola pandectista

A Escola Pandectista, por sua vez, de origem germânica, também entende que o texto legal é preponderante, porém, pela razão de que a lei é a manifestação histórica da cultura do povo e, por isso mesmo, não pode ser objeto senão de esclarecimentos objetivos.

A influência do Historicismo faz-se sentir no sentido de que a tradição romano-germânica deve ser preservada, através da observação estrita da lei, na qual se manifesta.

Na verdade, a Escola Histórica, a partir de Savigny, na Alemanha, acaba por dogmatizar o passado histórico como fonte de direito, não entendendo que a tradição é, na verdade, a atualização dos valores culturais.

- a escola analítica (*analytical school*)

A Escola Analítica, surgida na Inglaterra, não entende a preponderância do texto legal em si, já que a tradição anglo-saxônica desconhecia atividade legislativa ampla, mas, entendia que a cultura e o costume do povo só podiam ser fonte de direito na medida em que fossem reconhecidos pelo órgão estatal judicante.

Daí a importância das decisões judiciais como precedente, as quais deveriam, então, nortear a aplicação do direito.

- a Hermenêutica Filosófica

Segundo Dilthey, na classificação aristotélica, Direito e Filosofia são sinônimos, assim como a Arte, apenas se distinguindo pela finalidade.

Aristóteles explica a Filosofia como ciência teórica (relativa ao conhecimento), poética (faculdade artística) e prática (cujo princípio é a vontade e o seu fim a ação).

Cabe estudar o Direito sob o prisma da prática, ou seja, como se dá a aplicação do princípio de justiça diante da questão política da legalidade. É o que se chama de Hermenêutica.

A arte de interpretar nasceu na Grécia, por necessidade de ensinar os textos clássicos como os de Homero.

Adquiriu base mais segura com a retórica e com os sofistas, chegando a Aristóteles, que lhe deu consistência científica.

Depois, passou a ser usada metodicamente para a exegese de textos sagrados, chegando no Renascimento numa nova etapa.

Duas grandes forças dominam os quatro séculos seguintes, de uma literatura hermenêutica abundante: Uma tentava assimilar as obras clássicas e a outra trabalhava com os escritos bíblicos.

Schleiermacher recuou até à análise da compreensão, entendendo-a como um "reproduzir", um "reconstruir", apoiando-se na sua relação viva com o próprio processo de produção literária: Busca a intenção e a mentalidade do autor.

A finalidade última da Hermenêutica é compreender o autor melhor do que ele próprio se compreendeu, proposição que é a consequência necessária da teoria da criação inconsciente.

Dilthey, depois dele, quer a Hermenêutica como fundamento das *Geisteswissenschaften*, isto é, as ciências do espírito, ou, como diríamos hoje, as ciências humanas, estabelecendo a Hermenêutica como fundamento para todas as ciências humanas e sociais, ou seja, todas as disciplinas que interpretam as expressões da vida interior do homem, tais como gestos, atos históricos, leis codificadas, obras de arte ou literatura.

"Historicidade", para ele, não significa concentração no passado, mas a afirmação da temporalidade da experiência humana tal como a descrevemos - "círculo hermenêutico" é: O todo recebe a sua definição das partes e, reciprocamente, as partes só podem ser compreendidas na sua referência ao todo. Isto significa, pois, que estamos sempre num contexto historicamente definido, não sendo a vida algo "metafísico", mas "experiência vivida".

Em Heidegger, já no século XX, a Ontologia deve ser a fenomenologia do ser, ou

melhor, "hermenêutica da existência", como aponta Richard Palmer, que, ao contrário de Dilthey, caracteriza-se não pela metodologia geral das ciências humanas, mas por um "ato primário de interpretação" que faz com que a coisa em si se revele. A "filosofia é, ou deveria ser, hermenêutica", pois não há essa revelação sem linguagem, a marca essencial do homem. E se a linguagem é, em si mesma, hermenêutica, é, em mais alto grau, na poesia.

É através da linguagem que o homem realiza a sua essência, o seu "ser" como existente, como "ser-diante-de".

Gadamer, por fim, afirma que o método não é caminho para a verdade, pois todo plano é falível, não confiando nos planos o homem experiente, que é, pela falibilidade dos planos, um homem decepcionado. Para ele, o método poderia de fato revelar "uma verdade" já nele contida.

A obra de arte transforma aquele que a experimenta, porque é algo vivo, mas, a tradição, por sua vez, é algo em que nos situamos e pela qual existimos.

Pela linguagem é que a tradição se comunica, de modo a se "transmitir" de geração para geração.

Algumas conseqüências do pensamento de Gadamer são:

1) O problema do juízo prévio (o "pre-conceito"):

- mais que juízos prévios, são a realidade histórica do ser;
- os pressupostos vêm da tradição em que nos inserimos;
- se a obra traz uma verdade, esta é original, pois a verdade é uma só.

2) O conceito de distância temporal:

- o tempo tem a função de eliminar o que não é essencial, desocultando o verdadeiro significado.

3) Compreender o autor de um texto ou o texto:

- importa compreender o texto, sua significação histórica, e não o autor.

4) Reconstrução do passado:

- a verdadeira tarefa da Hermenêutica é a integração e não a reconstituição.

5) O significado da aplicação:

- compreender implica numa aplicação (e a Hermenêutica Jurídica serve de exemplo);

- "presentificação" do texto significa que "compreender um texto é sempre já aplicá-lo";

- também na Hermenêutica Jurídica ou na Teológica ajusta-se o pensamento ao pensamento do texto: Interpretar a "vontade da lei" ou a "vontade de Deus" não são formas de dominar o assunto, mas de o servir;

- não se dá ao passado as aparências de presente, mas traz-se do passado o essencial para o presente; compreender é compreender o presente;

- conhecer não é só um fluxo de percepções, mas um acontecimento histórico, um evento, um encontro;

- parte da avaliação hegeliana de experiência: Inversão ou reestruturação da consciência (experiência é antes negativa), o que significa que uma coisa não é como a tínhamos pensado (desilusão da experiência) - a experiência contrária, é experiência de finitude;

- o homem experiente conhece os limites de toda antecipação, a insegurança dos planos e isto o abre a novas experiências;

- esta é a estrutura da historicidade: A experiência do passado previne as do futuro;

- querer interrogar, querer saber, pois saber significa que não sabe (docta ignorantia socrática);

- mas, uma pergunta tem sempre uma orientação (resposta implícita, ou melhor, as fronteiras desta resposta-limite);

- daí saber perguntar corretamente (penetrando no tema);

- a tarefa da Hermenêutica é tirar o texto da alienação em que se encontra (enquanto forma rígida, escrita), recolocando-o no presente vivo do diálogo, cuja primeira realização é a pergunta e a resposta - o texto pergunta e é uma resposta (dialética, pois cada resposta gera nova pergunta);

- a revelação ontológica (algo não é como pensávamos) se dá pela linguagem (caráter não instrumental da linguagem rejeita a teoria do signo);

- a palavra é, por si, já significativa, não sendo fruto da reflexão, mas da experiência: Daí a idéia de Verbo Divino.

Para Paul Ricoeur, se a "coisa do texto" (Gadamer) não pertence nem ao seu autor e nem ao seu leitor, do que se trata? É a necessidade de entrega de si, pelo leitor, à "coisa do texto", ou, como chama Ricoeur, ao "mundo da obra".

Distanciamento significa imparcialidade, sobretudo o sentido de ser "outro" diante daquilo que se vai interpretar: É, ao mesmo tempo, exigência e necessidade.

Essa "imparcialidade" esbarra na questão do pre-conceito, da pre-compreensão, que nos faz interpretar sempre de acordo com a experiência anterior. Somos alguém inserido num determinado contexto histórico de tempo e lugar.

Compreender o texto é compreender, antes de mais nada, a si mesmo no texto.

E, para finalizar essa parte, quem é o leitor no campo jurídico? É o juiz, cuja leitura deverá ser "auxiliada" pelo interesse dos demais agentes do processo.

Como foi dito anteriormente, a Hermenêutica Filosófica busca seus antecedentes no Direito Natural aristotélico, que serve de exemplo para a própria filosofia em geral, na medida em que a interpretação, no Direito, é uma interpretação para a aplicação. É este o caráter prático do Direito, que ensina aos filósofos que a compreensão do mundo deve ter uma dimensão pragmática.

Contudo, no século 19 é que a hermenêutica começou a ser tratada como disciplina interpretativa, buscando o caráter subjetivo das ciências humanas, entre elas o Direito.

A partir da hermenêutica filosófica, podemos entender o caráter interpretativo do direito como uma ciência hermenêutica que se faz a cada instante, em cada circunstância.

O caráter pragmático do direito demonstra-se no momento em que há uma interpretação aplicativa, ou seja, o momento culminante do direito é o momento em que um juiz faz uma aplicação, ou seja, quando "diz o direito".

Isso significa que todas as normas são apenas projetos e que, quando chamadas à realização, é que tornam-se eficazes, caso realmente possam cumprir a sua finalidade.

Por isso mesmo é válido dizer que estudar o Direito é estudar hermenêutica, pois, na verdade, o direito como tal só existe mesmo no momento da aplicação. E a aplicação não passa de uma composição de dois textos, quais sejam, o da norma e o fático, composição essa que nada mais é do que a valoração de ambos os textos, relacionando-os.

Tendo em vista que o Direito é essencialmente linguagem, temos que distinguir dois aspectos: o símbolo ou significante, e o conteúdo, ou significado, que correspondem aos aspectos formal e material.

Símbolo ou significante é a externalização de um conteúdo ou significado. É possível dizer que o conteúdo, como vontade, antecede o símbolo, uma vez que este surge exatamente da necessidade de explicitação daquele.

Os valores embutidos na norma, por exemplo, são conteúdo ou significado, ao passo que os elementos lingüísticos que os sacramentam são símbolos ou questão de forma.

O comando jurídico é materializado, portanto, por símbolos lingüísticos, que devem ser bem interpretados no momento de se observar tais comandos.

Entender o símbolo em si é uma questão explicativa ou exegética, mas, uma vez entendido o símbolo, é preciso que aquela mensagem, como finalidade, seja entendida diante de uma circunstância fática real, pois que o seu conteúdo, o seu significado, é a sua razão de ser.

O Direito, do ponto de vista hermenêutico, está inserido numa problemática maior, que é a da própria existência como manifestação de uma essência transindividual e, portanto, metafísica, na medida em que, comum a todos, não pertence a ninguém em particular. Esse absoluto que transmuda-se em cada um, em cada situação particular, é o próprio ser, o qual, do ponto de vista jurídico, é a base do Justo.

O Justo é, portanto, natural, pois que independe da vontade estampada na lei. Mas, a lei, metodologicamente necessária, é também metodologicamente falha e, por isso, indispensável, deve ser completada sempre pela interpretação como preocupação de realização das finalidades.

Em outras palavras, é a equidade como demonstração de que o "direito natural" do ponto de vista aristotélico, nada mais é do que um método hermenêutico. Um método para *dizer o direito*.

Dizer o Direito é tomar uma decisão sempre, sendo que a decisão terá conseqüências práticas mediante fatos, sujeitando situações e, por isso, já antes, sujeitando-se a situações.

Benjamim Cardozo diz, assim, que o *Direito é aquilo que um juiz diz que é*, o que ultrapassa a mera questão da obediência à lei e do estabelecimento da "verdade formal", mas, é vivência.

O termo "justiça", derivado de "jus", "jungere", no latim, significa "unir", como num feixe. Traduz-se também como "virtu", "virtude", a suprema virtude, que é o

bem, ou seja, ser justo. Sugere, pois, uma idéia de comportamento e de regras. Equivale ao termo grego "diké", segundo Heidegger, que significa "juntura".

Por outro lado, a definição aristotélica de justiça é: *dar a cada um o que é seu*, o que supõe condutas de "juízo", considerando que juízo é tomar posição, é decidir diante da realidade, ou seja, "interpretar". Mas, juízo é também encadear idéias, do ponto de vista formal.

Os fatos (condutas) são interpretados e geram, se caso, pelos juízos de valor, as normas.

Como estas são objetivas e estáticas, como se dará a sua utilidade como meio para a instauração da verdade e da justiça?

A Verdade é absoluta e, por ser absoluta, reside na proposição, que, segundo Aristóteles, *é proporcional*. Ou seja, *se muda um elemento, mudam todos na mesma medida, a fim de que se preserve a verdade enunciada*.

Para o Estagirita, trata-se da adaptação da lei geral para cada caso concreto, como se fosse o próprio legislador a decidir cada caso real. É a "equidade".

Não é mera exegese da lei, que é necessária apenas para o entendimento lexical do texto, mas, é "corrigir" a norma geral em cada caso.

É saber o justo, é "jurisprudência".

Os legalistas partiam do ponto de vista de ciência no sentido positivista e por isso não consideravam o Direito como ciência, querendo, como compensação, imprimir-lhe um rigor que a natureza do Direito repudia.

Outrossim, na medida em que o Direito é também justo legal, como "Economia" ou administração de necessidades (e vontades, portanto), insere-se num contexto de Direito Positivo que é a explicitação de uma ordem complexa, cada vez mais técnica e é, portanto, uma Tecnologia.

Tecnologia é o caráter de instrumento da norma legal. Tecnologia é uma definição de procedimentos com fins de utilidade. A lei cabe perfeitamente nesse conceito: É meio e não fim em si mesma.

Por isso o Direito pode ser entendido como Arte.

O desdobramento da verdade, cuidada precipuamente pela Filosofia, é o justo no campo do Direito e o belo no seu resplandecer estético.

Evidentemente que o "belo" não significa o que traz boas impressões, que "relaxa" e diverte, mas pode ser, como reflexo do real, causador de "mal-estar",

inquietação, desde que o real espelhado seja ele mesmo injusto. O belo acusa o injusto apontando o que é parâmetro estético de justiça: O próprio desvelar do ser.

Portanto, cuidando do que é justo na conduta, cuida do que é conceitualmente verdadeiro (é ciência) e, através de procedimentos, compõe-se em obra de Arte.

Por certo, se a Filosofia busca exaltar o ser como verdade e a Arte procura exaltar o ser como belo, cabe ao Direito exaltar o ser como consequência prática de justiça. São, entretanto, uma só e única essência, a do próprio ser.

Direito, portanto, é: "ser" (justo por natureza) e "conveniente", "dever-ser" (justo por vontade).

Se colocarmos a questão sobre se o Direito deve visar a lei ou a justiça, podemos obter respostas de um ou de outro lado, como já foi visto.

Mas, se observarmos a realidade em si, veremos que o Direito é um instrumento de realização do Homem, ou seja, é através do Direito que o Homem busca resolver os conflitos que o afastam de por em prática todas as suas potencialidades. E, do ponto de vista orgânico, só o equilíbrio pode trazer solução aos conflitos e permitir a paz.

Cabe-nos, assim, apenas uma resposta: O Direito visa a Justiça. E Justiça, como equilíbrio ou equidade, é, exatamente, guardar as devidas proporções.

Diante do texto frio e estático, genérico e lacônico, da lei, opera o juiz como animador desse texto sem vida, completando a generalidade estática da norma, de modo a resolver conflitos e restabelecer a igualdade.

O Direito, portanto, não é só a Norma, seja escrita ou costumeira, e nem só o fato objetivo em si, mas, a valoração de ambos, num contínuo esforço interpretativo ou hermenêutico que se chama *dizer o Direito*.

Há, portanto, uma identificação da Hermenêutica com o Direito Natural.

Para Gadamer, como se viu, Hermenêutica é aplicação, o que significa a "presentificação" do texto. Ou, como Heidegger respondeu perguntando a Marx, "interpretar já não é modificar"?

A "Ética" aristotélica é "aprender para agir", pois "*epieikeia*" é a "equidade".

Aplicar nada mais é do que aplicar uma coisa geral (princípio) a uma situação particular (concreta).

Aperfeiçoamento, a correção, a atualização da norma.

Por isso é que em Aristóteles, o Direito Natural é nada mais do que a crítica indispensável em razão da ineficiência do Direito Positivo.

Ethos e Physicon Dikaion são inseparáveis, ao passo que para os romanos o Direito era realidade ontológica, regente da ontologia social do homem cujo objetivo é a realização da justiça.

O Direito Romano, portanto, é a prática da Filosofia Grega, é o exemplo vivo da aplicação do *Tó Dikaion* de Aristóteles, que nada mais é do que a prática da proporcionalidade de inspiração pitagórica, mas que vai além da mera racionalidade matemática.

A Teoria do justo proporcional diz que o ser é absoluto, porém, se demonstra em cada momento na realidade que se dinamiza um constante devir.

Princípio da identidade (Heidegger): $A = A$.

É verdadeira a proposição que diz conforme a realidade. É verdadeira a proposição que afirma uma identidade como esta, $A = A$.

Se numa situação ideal (T), $A = A$, temos:

$T : A = A$

(T significa A igual a A)

Logo, numa situação nova, que denominamos T1, para mantermos a igualdade e, pois, a identidade, temos:

$T1 : A1 = A1$

e assim por diante.

Se em T, $A = A$, impossível que em T1, $A = A$, ou $A1 = A$, mas guardada a proporção, a fim de não se alterar a perfeição da proposição, os componentes se ajustam.

Utilizando a razão matemática, podemos apontar:

$1/2 = 2/4 = 4/8$, etc.

Trata-se sempre da mesma proporção (no exemplo, de metade), inobstante se alterem os fatores, pois se alteram sempre proporcionalmente.

VERDADE É A PROPORÇÃO, ou seja, a verdade é proporcional.

Dessa maneira, estabelece-se uma proporção que pode ser escrita de três formas, de acordo com o que se quer especificar: Relator

$F : V = N$

ou

$V : F = N$

ou

$N : F = V$

onde: F = fato, V = valor e N = norma.

A relação mantém um princípio de equilíbrio ou de proporcionalidade que, para ser mantido, deve fazer mudar todos os seus elementos assim que um deles mudar, e na mesma proporção da mudança deste. Teríamos, então:

$F1 : V1 = N1$

$V1 : F1 = N1$

$N1 : F1 = V1$

e assim por diante.

Portanto, justa é a proporção, o que significa que a Norma é fixa, mas tem um sentido de conteúdo variável, tanto quanto é variável a realidade.

Podemos dizer com isso que a Ontologia supõe a Deontologia, ou melhor, que a Lógica Material deve cientificamente partir de um pressuposto que é a Lógica Formal, formando um Juízo de Razoabilidade.

De fato, a Lógica Formal é fixa e igual para todo e qualquer discurso, compondo-se de normas racionais.

A Lógica Material é real e compõe-se do mundo natural, com todas as mutações histórico-culturais.

Trabalhar de uma forma ignorando a outra, como querem fazer o Legalismo de um lado e o Sociologismo livre de outro, é um radicalismo sem sentido e sem funcionalidade.

O juízo de razoabilidade é exatamente a junção flexível de forma e matéria.

A sentença (e aí todo e qualquer ato processual) deve conter uma estrutura lógico formal, sob pena de não poder surtir efeitos materiais. É a inépcia discursiva que leva à nulidade.

Eis um exemplo jurisprudencial de Lógica Formal aplicada ao texto judicial:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de HABEAS CORPUS n. 057.885-0/0-00, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante a Bacharela XXX, sendo pacientes os menores XXX e XXX:

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, conceder a ordem para anular a sentença, de

conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores CUNHA BUENO (Presidente) e DJALMA LOFRANO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 1999

ALVARO LAZZARINI

Relator

VOTO n. 18.148 (n. 12.118/TJ) – n. 64/99 – Câmara Especial

"Habeas-Corpus" n. 57.885.0/0-00

Impetrante: XXX

Pacientes: XXX e XXX

Menor infrator: Internação decretada. Decisão que não obedece aos requisitos do art. 381 do Código de Processo Penal. Ausência de fundamentação necessária. Habeas-corpus impetrado. Concessão da ordem e nulificação da decisão.

Cuida-se de "Habeas-Corpus" impetrado pela Procuradora do Estado, Dra. XXX em favor dos adolescentes XXX e XXX porque estariam sofrendo ofensa ao direito de locomoção em razão da nulidade da decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª. Vara Especial da Infância e da Juventude da Capital que decretou a internação de ambos sem tratar da obrigatória fundamentação (fls. 2/5).

A liminar pleiteada foi negada (fls. 15), tendo sido prestadas as informações (fls. 20) e acolhida a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça que se pronunciou pela concessão da ordem (fls. 36/38).

A sentença proferida em procedimento instaurado através de representação ministerial para apuração de ato infracional atribuído a adolescente deve orientar-se segundo os requisitos do artigo 381 do Código de Processo Penal em razão do disposto no artigo 152 do ECA.

Como bem salientou o Ministério Público, secundando as razões apresentadas pela impetrante, o digno prolator afastou-se daquele ditame proferindo decisão nula.

"Ora, se considerarmos que o ECA, no seu artigo 112, prevê vários tipos de medida – enfatizou o parecer da Procuradoria Geral de Justiça – e que no Direito da criança e do adolescente, não vige o princípio da tarifação, isto é, não há individualização legal restrita de penas (ou medidas!), é preciso obviamente que o juiz diga qual foi a razão de sua escolha".

"A individualização judicial das medidas que visam tolher a liberdade é sempre necessária e, no caso – continua o parecer – a disposição surge de repente, sem constituir nenhuma conclusão ou síntese em relação a premissas anteriormente elaboradas".

Além do mais, o dispositivo não se refere ao dispositivo legal autorizador da

medida aplicada aos pacientes.

Nula, portanto, a sentença.

Ante o exposto, concedo a ordem para anular a decisão em referência para que outra em seu lugar seja proferida, expedindo-se, de imediato, ordem para desinternação dos adolescentes que poderá ser transmitida através de fac-símile.

Alvaro Lazzarini

Relator

Isso, contudo, não basta.

Dizer o Direito, como discurso que é, segue a estrutura lógico formal na sua estruturação extrínseca, processual, mas, no conteúdo, na sua estruturação intrínseca, é material.

Vejamos, nesse sentido, uma decisão jurisprudencial como ilustração:

Recurso em Habeas Corpus n. 1433/RJ – Superior Tribunal de Justiça

Relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro

Ementa: "O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data do início da década de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal. Devem as partes dirimirem a questão em juízo."

(Diário da Justiça de 9 de dezembro de 1991, página 18.046)

Ou seja, o direito processual é meio pelo qual o direito substantivo se realiza. É por isso que o princípio da instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*) foi insculpido no art. 563 do Código de Processo Penal, o qual, segundo, inclusive o Superior Tribunal de Justiça reconhece, diz que não há nulidade a ser declarada se da inobservância da forma não houver prejuízo efetivo (RSTJ 17/383) para a busca da verdade "real". Aliás, o termo "verdade real", muito utilizado, significa que há uma "verdade" formal, que não serve para o Direito, cujo escopo é sempre a verdadeira verdade, a real.

Em seu excelente *Hermenêutica e aplicação do direito*, Carlos Maximiliano, em 1927, já trabalhava essa questão como nenhum outro.

Diz ele que a Hermenêutica é a parte menos segura e mais imprecisa do Direito: é linguagem, mas é verdadeira arte, porque, mais que tornar claro, é descobrir o sentido real para a vida, ou, com Aristóteles, é correção da vida.

Por isso, o bom hermeneuta deve conhecer todo o organismo do Direito (História e atualidade dos institutos), respeitar a lei, mas promover a sua flexibilização, ser auto-crítico (desconfiar de si mesmo e de seus preconceitos).

Posiciona-se Maximiliano contra a "jurisprudência sentimental" do bom juiz Magnaud, que era um juiz "bonzinho", mas também contra o rigor excessivo e contra, ainda, os "revolucionários" e "inventores".

O Juiz é, para ele, como o intérprete de uma peça musical: Não muda, mas dá sua personalidade, posto que é o intermediário entre a lei e a vida, sendo um crítico da realidade dos Magistrados que mostrava uma seleção inadequada e os vencimentos insuficientes.

A formação dos agentes jurídicos, contudo, passa pela necessidade de melhorar o ensino jurídico, que enfrenta, segundo Zaffaroni, a questão da redução bibliográfica e do descuido salarial dos professores.

Ou seja, ao tratar da natureza lógica do Direito, acabamos concluindo que se deve repensar o ensino jurídico.

CONCLUSÃO

Lembrando que, no final das contas, o Direito é pragmático e, portanto, "é aquilo que o juiz diz que é", como Benjamin Cardozo conceituou, dizer o Direito é uma questão ética extremamente grave.

Mas, lembrando do princípio de que o Direito é linguagem e deve ser dito, entendemos que o discurso jurídico e judicial deve obedecer a uma estrutura formal, porém, não por si mesma, mas, como meio para se chegar a um fim, já que o Direito é prático e visa a resolução de conflitos, tornando possível a sobrevivência da sociedade, sem a qual o ser humano não existiria.

Afinal, o Homem, esse animal político, é um animal que fala e o conflito é um distúrbio de comunicação.

Partir de uma estruturação normativa é necessário como segurança científica, garantindo a visibilidade ideológica dos valores nomogeneticamente estabelecidos.

É a deontologia.

Chegar a uma solução materialmente possível, é introduzir, de alguma forma, a criatividade humana na natureza, não para modificá-la propriamente, mas para seguir o princípio natural da adaptação, pois, como se pode concluir desde a discussão entre Heráclito e Parmênides, uma só coisa não muda: Que tudo muda. É a Ontologia.

Assim, tanto a estrutura do processo judicial como a estrutura do ato judicial em si, devem ser talhadas pela Lógica Formal, mas, essa gramática nada mais é do que um instrumento para a consecução de um fim. É método, caminho em direção a um objetivo.

Esse fim é a decisão, um exercício intelectual de escolha fundamentada da solução do conflito real, a partir de pressupostos normativos abstratos.

Esse é o Direito Natural de Aristóteles, aplicado pelos romanos. E, ao que parece, ninguém inventou, depois disso, algo mais genial, pois, afinal, segundo ele, *a virtude está no meio*.

É sobre isso, que aqui expusemos como introdução, que pretendemos refletir fundamentadamente nas páginas seguintes.

HISTÓRIA DO DIREITO

Temos um novo advogado, Dr. Bucéfalo.

...

Nos tempos atuais, os portões recuaram para locais mais remotos e grandiosos; ninguém aponta o caminho; muitos carregam espadas, mas unicamente para brandi-las e o olhar que as acompanha é confuso.

(Franz Kafka, *A colônia penal*)

CONCEITO DE HISTÓRIA

História é a recordação ou registro do fazer do homem em todos os campos. Em outras palavras, é o registro ou memória da cultura.

Porém, do ponto de vista filosófico, a História é mais do que a demonstração e estudos de dados. É a própria constituição da identidade cultural de um povo. Por isso, o estudo da História é importante: leva-nos a nos conhecermos a nós mesmos. Há uma história pessoal de cada um e há uma história social, sendo que ambas se condicionam mutuamente. A relação entre História e historicidade é exatamente esta: o passado condiciona o presente e é no presente que o homem, agente da História, realiza-se como tal, ainda que o próprio presente não passe de um conjunto de efêmeros momentos.

A HISTÓRIA DO DIREITO¹

Nesse sentido, a história do direito pretende compreender o direito atual, a partir da compreensão do desenvolvimento das instituições jurídicas. E, para isso, há que passar pelas diversas fases que demarcaram a história.

¹ Observamos que uma análise aprofundada da história do Direito em si foge aos objetivos do presente trabalho. Sobre o Direito desde a Antiguidade até o Direito Soviético, utilizamos o excelente trabalho de John Gilisen, *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1988, dos quais sugere-se a leitura.

ANTIGÜIDADE

Os DIREITOS DOS POVOS SEM ESCRITA

São os direitos dos povos primitivos, não escritos, evidentemente, numerosos e diversos, influenciados, em geral, pela religião.

O DIREITO EGÍPCIO

No Egito antigo, o direito passou por três fases chamadas de "Antigo Império" (séculos 28 a 33 a.C.), "Médio Império" (1º. quarto do 2º. Milênio a.C.), e "Novo Império" (séculos 16-11 a.C.), caracterizando-se por um direito público de poder monárquico e por um direito privado individualista no início, restabelecendo-se depois um regime senhorial e feudal, enquanto que o direito privado é regido por clãs, até a terceira fase.

Os DIREITOS CUNEIFORMES

Denomina-se *direitos cuneiformes* os dos povos do Oriente Próximo, que utilizaram uma escrita em forma de cunha e de prego. Não se trata de um direito único, mas de vários sistemas desenvolvidos na Suméria, Acádia, Babilônia, Assíria e pelos Hititas, entre outros.

Caracterizam-se, de modo geral, pela teocracia, ficando o direito nas mãos dos sacerdotes e entre os seus monumentos jurídicos, encontramos o famoso *Código de Hammurabi*, provavelmente de 1694 a.C., caracterizando-se por um sistema jurídico muito desenvolvido, de modo especial na área do direito privado, principalmente no que se refere ao direito das obrigações (contratos), sendo o direito penal muito severo.

O DIREITO HEBRAICO

O povo hebreu, de origem semita e nômade, estabeleceu-se na Palestina, acabando por sedentarizar-se até a Diáspora (dispersão), ocorrida após a revolta contra os romanos, que dominava a região, nos séculos I e II, d.C.

Caracteriza-se o direito hebraico por ser um direito divino, isto é, dado por

Deus, revelando-se nos textos sagrados (Antigo Testamento, segundo denominação cristã) de maneira que é imutável, podendo apenas ser adaptado à realidade social.

O direito hebraico vai influenciar diretamente o direito canônico e o direito moderno, de modo geral, e mesmo no direito muçulmano. Exemplos disso são o dízimo (apropriação, pelo clero, de 1/10 dos rendimentos do povo) e a sagração dos reis, que seriam representantes de Deus.

O DIREITO GREGO

Os gregos não se qualificam tanto pela preocupação com a sistematização do direito, mas, sim, pelo pensamento político e filosófico, que, na verdade, influenciou toda a civilização ocidental.

Como cada cidade tinha o seu próprio sistema jurídico e político, não havia um direito grego geral.

Dos clãs, passa-se à formação das cidades, onde vigoram os regimes democráticos, de índole individualista, onde todos os cidadãos, a princípio, são iguais perante a lei, que seria a expressão da vontade popular, através das assembléias. Observe-se, no entanto, que nem todos eram considerados cidadãos e, portanto, nem todos eram "iguais perante a lei".

De qualquer forma, as leis escritas são poucas, derivando o direito mais da consciência coletiva.

Embora pensadores fundamentais como Platão e Aristóteles tenham influenciado o mundo ocidental no campo da filosofia e da política, os gregos não instituíram monumentos jurídicos importantes, cabendo aos romanos a sistematização das idéias filosóficas helênicas.

O DIREITO ROMANO

Embora o direito romano tenha se desenvolvido tardiamente, em relação ao egípcio e ao grego, o direito privado romano, erigindo-se em um sistema próprio a partir dos séculos II e I a.C, acabou influenciando todo o direito da Europa medieval e por este veio até nós.

No início, os romanos, de origem pastoril, vivem em clãs, agrupando-se mais tarde, onde seria erigida a cidade de Roma. Era um direito consuetudinário e, em

geral, sem diferenciar as instituições seculares das religiosas. Conhecendo-se pouco a escrita, não havia muitas leis escritas, pelo menos até a época da República, que, não obstante, legislou pouco. Um monumento jurídico conhecido é a chamada *Lei das XII Tábuas*, que teria sido escrita para que os plebeus, queixosos das atitudes dos magistrados, conhecessem os costumes da cidade. Embora haja dúvida sobre sua existência, afirma-se que teria sido escrita em doze tábuas e afixada no átrio do fórum, sendo destruída na ocasião do saque a Roma pelos gauleses em 390.

Entre os séculos II a.C e III d.C, Roma domina toda a região mediterrânea, deixando-se influenciar pelos direitos egípcio e grego.

Por um lado, o direito público caracteriza-se pela diminuição da liberdade do cidadão, e por outro, o direito privado, individualista, constrói-se de forma exemplar, reduzindo-se a formas escritas, especialmente o direito das coisas e das obrigações, reduzindo o poder informal dos costumes, mas, convivendo com a produção jurisprudencial e doutrinária, tendendo, no entanto, à codificação, influenciando, pelo direito bizantino (direito romano a partir da fixação de Bizâncio ou Constantinopla como sede do Império Romano do Oriente), os direitos, russo, romeno e búlgaro.

O Direito Romano Clássico, contudo, tem o seu renascimento no Ocidente a partir do século XII d.C, fazendo surgir estudos que levaram à sistematização doutrinária do chamado direito romano moderno, influenciando nossos sistemas até os dias de hoje.

Além destes, que influenciaram diretamente o Direito Europeu, temos, ainda, não menos importantes historicamente, o direito hindu, o direito chinês, o direito japonês e o direito muçulmano.

O DIREITO CONTINENTAL EUROPEU

O DIREITO CANÔNICO

O direito canônico é o direito da Igreja Católica Romana, derivando o seu nome do termo *canon*, que significa "regras", as quais provinham das decisões conciliares,

as quais resolviam sobretudo conflitos de fé.

O direito canônico é, sobremaneira, importante, pois foi, durante muito tempo, na Idade Média, o único direito escrito, regulando questões de fé ou meramente seculares, proporcionando o domínio, pela Igreja, do cenário jurídico medieval, quando era chamada a legislar e a julgar questões de toda ordem, na falta de um sistema laico eficiente, dada a lacuna deixada pelo direito romano desaparecido com o fim do império romano.

Embora se trate de um direito religioso, baseado nas Sagradas Escrituras, com a aproximação medieval entre a Igreja e os Estados laicos, a intromissão do direito canônico é inevitável.

O direito canônico influenciou todo o direito ocidental europeu e dos países colonizados, oferecendo-lhes os valores éticos e morais de origem cristã, ainda que o próprio direito canônico tenha sido fortemente influenciado pelo direito romano, naquilo que não contrariava o direito divino.

Hoje, embora essa relação tenha sido mudada, separando-se Igreja e Estado, na maioria dos países, perdendo o interesse para os leigos a partir do século XVI, a influência do direito canônico é ainda forte, sendo ele próprio um direito vivo, ainda que só no âmbito da Igreja Romana, mas, em pleno vigor. O atual Código Canônico foi promulgado em 1983.

O DIREITO CELTA

Há muitos séculos, os celtas espalharam-se por grande parte da Europa. Não tinham escrita e o direito, consuetudinário, provinha do poder jurídico concentrado nas mãos sacerdotais dos druidas, que proibiam confiar a tradição, jurídica ou religiosa, à escrita. Isso durou até a cristianização, quando os costumes acabaram sendo documentados, embora com influência do direito canônico.

Os DIREITOS GERMÂNICOS

A organização sociopolítica dos povos germanos, de origem nômade, centrava-se na família, que tinha por autoridade máxima o pai.

Cada povo germânico tinha um conjunto de costumes, que constituíam um direito consuetudinário diversificado. Como não deixaram documentos, sua

reconstituição é muito difícil. Os *dizedores* do direito, os *laghman*, que eram os anciãos de aldeia, atuavam como juizes e ajudaram a redigir os costumes.

O DIREITO NA ALTA IDADE MÉDIA

Com a queda do Império Romano, em razão das sucessivas invasões dos povos germânicos, vão-se misturando as tradições romanas e germânicas. O último imperador romano foi destituído em 476, mas, a influência romana, dado a superioridade do direito romano, em termos de sistematização, permaneceu no Ocidente, sobretudo na organização administrativa e religiosa, embora no direito privado os povos romanos conservem as tradições romanas e os povos germânicos conservem as de seus ancestrais, ao mesmo tempo que vai crescendo a importância do direito canônico.

Normalmente, marca-se aí a divisão entre os países de tradição romana, do direito escrito, e a dos países de direito consuetudinário, de tradição germânica.

Podia ocorrer, no entanto, de haver conflitos entre pessoas submetidas a um e outro sistema, quando se aplicava, em regra, o direito do réu, mas com numerosas exceções.

Isso, na verdade, não impediu a evolução no sentido de um direito romano vulgar, ou seja, misturado às tradições germânicas, no qual prevaleciam os costumes locais em detrimento dos textos clássicos, de modo que, aos poucos, foi desaparecendo até à sua completa ignorância. Ressurge somente no século XII, com o chamado renascimento do direito romano na Itália.

O DIREITO FEUDAL

De modo geral, o período feudal caracteriza-se pela troca de fidelidade, ajuda militar e conselho, pelo vassalo, que é um cavaleiro, ao senhor feudal, que lhe dá proteção e o custeia, dando-lhe um pedaço de terra. Não é raro os vassalos suplantarem seus senhores e assim são formados muitos pequenos senhorios, os quais são economicamente fechados, quase não comerciam entre si, e, portanto, o direito fica restrito às relações feudo-vassálicas, de senhor e servo, desaparecendo a organização estatal, ao mesmo tempo em que ocorre uma decadência religiosa e cultural. Conseqüentemente, perdendo força o rei para legislar, desaparece também

a atividade legislativa, voltando-se para o costume como única fonte do direito laico.

Com exceção do direito canônico, que é escrito, mas regula apenas institutos eclesiásticos e poucos domínios do direito civil, especialmente o casamento, não há mais lei escrita, nem livros de direito. Aliás, com exceção de alguns clérigos, ninguém sabe ler e escrever, de modo que a justiça é feita apelando para Deus, usando-se os chamados *ordálios*, espécie de prova judicial que demonstraria, pelo resultado de um desafio, saísse ilesa ou não, se a pessoa era inocente ou culpada, ou, ainda, os duelos judiciários.

OS DIREITOS ROMANISTAS

Direitos romanistas são denominados os que foram influenciados pelo direito romano, após a sua redescoberta, a partir do século XIII.

Interessante notar que, desde o século XII, os professores de direito elaboraram um ensino do direito baseado no direito romano, especialmente na clássica codificação de Justiniano, então chamada de *Corpus iuris civilis*.

Esse "direito romano", porém, não era o mesmo direito do Império Romano antigo, pois os professores o interpretavam, evidentemente, a partir da sua ótica contemporânea, influenciada pela cultura jurídica em que viviam.

Sua vantagem, entretanto, em relação ao direito feudal, era óbvia: tratava-se de um direito escrito, mais completo e mais evoluído. E, com isso, deu maior importância à lei, como norma genérica e abstrata, desprendida do caso concreto, acabando por entender o direito mais como dever-ser do que ser, ou seja, mais como ordem ideal do que realidade, no sentido de uma mudança do irracional para o racional.

Nesse sentido, elabora-se uma "ciência jurídica" e cresce o interesse pelo direito. Substitui-se o "irracional" representado pelos julgamentos divinos através de ordálios, aumentando o poder de alguns reis, que, então, podiam legislar, fazendo desaparecer os feudos, estabelecendo-se, por outro lado, um sistema econômico baseado no comércio.

Enfim, o direito passa a ser nacional, regendo grandes partes territoriais de maneira uniforme, acabando por preponderar a lei, com necessidade de uma sistematização codificada, enquanto que a expansão da cultura européia, com os

descobrimientos e colonização, leva o direito europeu para outras regiões e continentes.

O *COMMON LAW*

O *Common Law* é o sistema jurídico criado na Inglaterra a partir do século XII, pelas decisões reais, mantendo-se até hoje nos países de cultura inglesa como Estados Unidos, Canadá e Austrália.

Esse nome designa o direito *comum*, ou *comune ley*, em distinção ao direito diversificado pelos costumes locais. Nada tem a ver com o direito comum continental, e, ao contrário, o juiz é quem faz o direito, prevalecendo os precedentes judiciais, enquanto que a lei não exerce qualquer influência na sua evolução. O *statute law*, ao contrário, é um direito de leis e, na verdade, acabou havendo uma fusão, em 1875, e não uma ruptura, de maneira que até hoje é possível aos juristas ingleses invocarem antigos estatutos legais e decisões judiciais dos séculos XIII e XIV.

Interessante notar, ainda, que o sistema de *Equity* nasce de uma necessidade de o rei, através do seu Chanceler, julgar cada vez mais casos, quando, não sendo possível trabalhar tecnicamente como no sistema do *Common Law*, acaba deixando de lado as leis substantivas e processuais, invocando o sistema romano de equidade, com influência do direito canônico. Essa, no entanto, é uma forma deteriorada de equidade, que, na verdade, serve ao absolutismo real, afastando a normatividade como limite ao poder de judicar.

Mais, tarde, com a reforma judiciária de 1873 e 1875, as regras de *equity* passam a fazer parte do *common law*, com a função de corrigi-las e completá-las.

Ainda que a legislação assuma cada vez mais importância, na Inglaterra, entretanto, não há Constituição escrita ou códigos como no continente, ainda que seja considerada o berço do Constitucionalismo, com a Magna Carta de 1215.

A importância do precedente judiciário torna os Júris instituições de grande influência, donde os termos *jury*, de jurar, ou, dizer a verdade, o justo, o mesmo que veredicto, de *vere dictum*, ou dizer a verdade.

O DIREITO SOVIÉTICO

A Revolução de Outubro de 1917 impôs um novo sistema político e jurídico na Rússia, fundando a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, com base marxista-leninista.

Lenine, adaptando as idéias de Marx e de Engels, entendeu que deve-se instalar uma ditadura do proletariado, passageira, que deverá dar condições de, finalmente, haver um sistema político ideal, chamado sociedade comunista. O Direito, considerado um meio de exploração do homem pelo homem, só deveria existir para poder realizar essa sociedade comunista, quando, então, desapareceria juntamente com o Estado.

Obviamente, nesse sistema, a lei é a única fonte do direito, mas, de cunho meramente conveniente aos interesses maiores do socialismo, deve ser mudada sempre que necessário. O papel dos juristas, nesse sistema, revelou-se muito pequeno, enquanto que à lei era atribuído o papel de instrumento organizador, com função ideológica e pedagógica, sendo coativa, ao reprimir as infrações, e protetora, ao conferir direitos aos cidadãos.

Os tribunais eram, mais que técnicos, de orientação ideológica, no sentido de preparar a realização da sociedade sem estado, indicados pelo partido e eleitos por um período de cinco anos. Contavam, no entanto, com a fiscalização da *Procuratura* (Ministério Público), sobre a legalidade socialista, e pelo "controle popular".

Na verdade, o direito soviético tinha apenas uma função: aparelhar o estado para a implantação dos seus interesses, através da violência representada pela coação legal.

O direito soviético influenciou e foi adotado em todos os países de tendência comunista, ao passo que, com o fim da União Soviética, também perdeu lugar.

O DIREITO PORTUGUÊS¹

ANTECEDENTES

Por volta de 19 a. C., inicia-se a romanização da Península Ibérica, habitada então por inúmeros povos, que, aos poucos, foram adotando a língua latina, ainda que de modo peculiar, em detrimento de suas próprias línguas.

Nesse período, predominava o direito romano, ainda que com diferenças para os cidadãos romanos e para os de origem local. Isso faz surgir um direito romano vulgar, diferente do direito romano oficial, do mesmo modo que ocorreu com a língua.

No final do século IV e início do século V, começam os invasores bárbaros a ganhar território na Espanha, em detrimento do domínio romano. Essa conquista, no entanto, não consegue estender-se facilmente ao campo cultural, uma vez que se tratam de culturas menos fortes que a hispano-romana e, por outro lado, a questão religiosa, separando arianos (godos – daí "Godinho") e católicos (hispano-romanos – daí "Romão"), por exemplo, impede a mistura cultural e étnica.

O Direito visigodo, por exemplo, era consuetudinário, mas, acaba sofrendo influência da cultura romana, e surgem, então, alguns atos legislativos, como o *Código de Eurico* (ano 476) e o *Breviário de Alarico* (ano 506), sendo este, diferentemente daquele, não direito visigodo, mas, uma coleção de textos romanos.

Havia, naquela época, um direito oficial e, no entanto, um direito costumeiro, efetivamente aplicado.

Em 711 ocorre a conquista da península Ibérica pelos Muçulmanos, que ali ficarão cerca de sete séculos. Os muçulmanos influenciam muito a cultura local, mas, são sempre vistos como invasores e entre cristãos e árabes trava-se uma guerra religiosa. Por isso, no campo do direito, os muçulmanos regem-se pelas leis de origem islâmica, ao passo que os cristãos continuam se regendo pelo código visigótico.

¹ Consultamos, a respeito, o livro de Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do direito português*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1985, v. 1, cuja leitura é recomendada.

DIREITO CONSUETUDINÁRIO E FORALEIRO

Afonso II (866–910), vai restaurar o reino visigodo e divide-o entre seus três filhos. Um deles, Ordonho, fica com Portugal e, com a morte do irmão Garcia, submete o outro, Fruela. Mais tarde, mais ou menos no ano de 1096, as terras referentes a Portugal são cedidas a D. Henrique, fundando-se o Reino de Portugal com Afonso Henrique que, em 3 de agosto de 1128, intitula-se rei de Portugal, e, em 1143, em busca de proteção por parte da Santa Sé, presta juramento de vassalagem ao papa Inocêncio II, o que incluía um tributo anual.

Nessa época, a característica principal do Estado é o do estado guerreiro, armando-se para a reconquista da península aos mouros. Não preocupa-se com o direito, até porque a concepção do direito público germânico era mais a do estado-juiz – que observa o direito – do que o do estado legislador – que cria o direito. Por isso, há um reflorescimento do direito consuetudinário, o qual, acaba contando com a influência do direito romano vulgar e do direito germânico. Mas, também não se pode ignorar a influência franca e a influência árabe, percebida, especialmente, no vocabulário técnico-jurídico, onde se encontram palavras como *alcaide* (antigo governante ou juiz), *almotacé* (fiscal de pesos e medidas e taxaço de alimentos), *alvazil* (espécie de oficial de justiça), *alvará* (autorização judicial) etc.

É importante notar que há, nessa época, franca decadência da cultura jurídica, mas, o Código Visigótico é aplicado, sendo conhecido como "*juicio del Libro*", ao passo que o direito consuetudinário, por nascer no seio do povo, é observado, inclusive pelos poderosos, ao contrário do que pode ocorrer com o direito escrito, o qual, normalmente, contraria os costumes.

As fontes do direito eram, então, produto de repetidas condutas de um aglomerado populacional, por exemplo, de *regras* e *posturas* originadas de reuniões de vizinhos ou magistrados locais, de *sentenças* da Cúria Régia, de juízes municipais e de juízes arbitrais, inclusive de pareceres de jurisconsultos.

São característicos dessa época ainda os *Forais*. Estes, que são espécie de *Cartas de privilégio*, caracterizam-se pela concessão de regalias a pessoas que vão habitar locais de risco, como, por exemplo, zonas fronteiriças e, mais tarde, vão caracterizar-se pela formação do direito público local, exprimindo os direitos e deveres coletivos de uma população.

Fixam-se os concelhos, classificados, conforme a sua composição, em *rudimentares* (há um magistrado administrativo ou fiscal, o *mordomo* ou *vigário*), *imperfeitos* (há um magistrado judicial, mas, a organização é incompleta) e *completos* ou *perfeitos* (há uma magistratura colegial com funções jurisdicionais plenas).

Já no reinado de Afonso II, muitas leis são feitas, resolvendo o conflito entre o direito canônico e as leis do reino, limitando costumes, com influência do direito romano justinianeu.

Concórdias, nesse tempo, são acordos que o rei fazia com o clero, para disciplinar a interferência deste em questões temporais. Se o acordo era direto com o papado, denominava-se *Concordata*. Mas, na verdade, era acentuada a influência do direito canônico, posto que apenas a Igreja mantinha-se como instituição, numa época em que as grandes instituições, como o Império Romano, desapareciam.

RECEPÇÃO E INFLUÊNCIA DO DIREITO COMUM

Interessante notar que o Imperador, como natural defensor da Igreja, é considerado pessoa sagrada e, por isso, inicialmente, é ungido na cabeça, pois que coroado pelo Papa. Isso, contudo, leva o Imperador a imiscuir-se nos negócios espirituais, assim como a Igreja o fazia quanto aos negócios terrenos, a ponto de encontrar-se o Imperador como mero delegado do Papado, que os punha e os destituía. É o que se pode chamar de *Sacro Império*, cuja submissão encontra exceção, no entanto, entre os monarcas da Península Ibérica.

O Direito Romano é o direito do Império. A Igreja é a instituição que faz a mediação entre o direito romano e o mundo medieval, assumindo o papel de instituição romana (católico é sinônimo de romano) e insinuando ao mundo bárbaro que, nas coisas temporais, deve-se aplicar o direito romano. E, quando cresce a tensão entre o Império e o Papado, surge, então, em Bolonha, um movimento de *renascimento do direito romano*, que significa o reencontro através do estudo dos textos romanos. Por isso, o método é a *glosa*, ou seja, as anotações que fazem, inicialmente entre as linhas (*interlinear*) e depois à margem dos textos (*marginal*), buscando explicar literal e gramaticalmente o latim, que já não é mais falado.

A *Magna Glosa* é obra de um jurista chamado Acúrsio e, também denominada "a Glosa", foi feita entre 1220 e 1234, constituindo o estudo de noventa e seis mil

glosas, influenciando toda a Europa e sendo considerada, inclusive em Portugal, na época das Ordenações, uma das fontes do Direito.

Entretanto, como a mera glosa, sacramentada através de fórmulas breves como os brocardos, acaba esgotando-se, os glosadores passam a comentar os textos, tornando-se *comentadores*. Seu método passa a ser, a exemplo da Teologia (influenciada pela filosofia aristotélica), o método dialético, onde se procurava construir um sistema jurídico isento de contradições, ou, logicamente correto. Da escola dos comentadores o maior nome é o de Bártolo, sendo a "opinião de Bártolo" considerada direito subsidiário em Portugal.

Lida-se, assim, com a "opinião dos doutos", ou seja, com o argumento da autoridade, pois o texto clássico, o *Corpus Iuris*, precisa de intérpretes e estes têm de ser profissionais, *juristas*, que o desvendem para o cotidiano. E, como os próprios doutos divergem, é preciso uma "interpretação oficial", autorizada ou garantida. Esta, em princípio, é a Magna Glosa de Acúrsio, a qual é utilizada na prática forense primeiro e, por fim, no âmbito acadêmico, dentro do próprio ensino jurídico, de modo que vai, pouco a pouco a Glosa substituindo o próprio texto glosado e acabam surgindo novas glosas de glosas, caminhando de uma opinião individual, sendo a principal a de Acúrsio, para a opinião coletiva, a dos doutores.

Mas, a recepção do direito romano em Portugal, por exemplo, é um fato. Em princípio, a chamada *República Cristã*, que constitui toda a Europa, sob o manto da Igreja, tem dois segmentos: o espiritual e o temporal, representados pelo Papado e pelo Império, respectivamente, usando o Direito Canônico e o Direito Romano. A Glosa dirá que, havendo conflito entre um e outro, dá-se supremacia ao direito canônico, pois que aquele completa este.

Ora, recepciona-se o direito romano como parte ou subsídio do direito canônico, mas, ainda, o direito romano como o direito dos imperadores, figura que os reis medievais queriam recuperar, fortalecendo seu poder e distanciando-se dos monarcas bárbaros que só legislavam mediante um conselho de legisladores.

Em Portugal, já algumas lei de Afonso II, da Cúria de 1211, dão testemunho dessa influência. Depois, baseando-se em estudos feitos em castelhano, por Jácome Ruiz, o Jacó das Leis, autor de *Flores de Derecho*, ou *Flores de las leyes*, e mais fáceis de se traduzir, acaba o direito romano por substituir o direito processual civil de origem germânica, encontrado em forais e costumes municipais.

Além da *Flores de Derecho*, vai Ter grande influência, inclusive por época da compilação das Ordenações Afonsinas, a obra denominada *Siete Partidas*, cujo nome é devido a ser dividida em sete partes, e que essas Ordenações copiaram grande parte.

Em face do grande número de decretos expedidos pelos Papas, por volta dos séculos 13 e 14 em diante, acaba havendo necessidade de uma compilação desses atos, o que, após vários trabalhos, chega-se ao conjunto composto pelo *Decreto*, pelas *Decretais de Gregório IX*, *Livro Sexto de Bonifácio VIII*, *Clementinas* (do Papa Clemente V), *Extravagantes de João XXII* e *Extravagantes Comuns*, a que o francês Chappuis, em 1500, dá o nome de *Corpus Iuris Canonici*, em alusão ao *Corpus Iuris Civilis*, do direito romano.

Em Portugal, essa obra é por demais estudada e conhecida, pois o direito canônico é um direito vigente nessa época.

Contudo, os reinados de Afonso III e de seu herdeiro D. Dinis, caracterizam-se por intensas disputas com o Clero, rejeitando-se a submissão à Santa Madre Igreja, de modo que as leis papais só podiam ser aplicadas no reino de Portugal com o beneplácito do rei, fazendo surgir várias concordatas.

Por outro lado, com a desculpa de afastar os maus costumes, os reis invocam para si ainda o poder de aprovar ou não os costumes, de maneira que os chamados *corregedores*, delegados do monarca, iam de lugar em lugar, a fim de aprovar ou reprovar costumes, além de transmitir os de outros lugares, e, reduzindo-os a fórmulas escritas, foram, na verdade, acabando com essa fonte de direito, ao mesmo tempo em que se vê grande desenvolvimento do chamado *costume da Corte*, ou *costume da casa delRey*, que, na verdade, por redundar em orientação jurisprudencial, acaba sendo, mais que costume, instrumento legislativo do poder monárquico.

Os forais ainda são, nessa época, a principal fonte de direito local, mas, vão perdendo, pouco a pouco, a sua força, uma vez que o rei, através dos agravos em Cortes, modifica os seus conteúdos, assumido cada vez mais o papel de *criador do Direito*, tendendo a legislar com abundância, conforme a tradição romano-canônica, a qual, em busca da racionalidade, torna necessário o consentimento legal do costume.

É assim que, patrocinado pelos Prelados, o rei cada vez mais substitui os

costumes pelo direito romano-canônico, pois aqueles, maus, certamente são contra a vontade de Deus. Ao contrário, a nobreza e o povo, sentem dificuldade de se afastarem dos seus foros e costumes. Na verdade, alguns costumes, por muito arraigados, acabavam permanecendo, contra o direito divino ou o direito natural, como, por exemplo, o do marido matar a mulher adúltera.

A prevalência do direito romano-canônico, no entanto, gera a controvérsia: a princípio, o direito romano regeria as questões temporais e o direito canônico regeria as questões espirituais. Mas, como é difícil estabelecer essa separação, a Igreja vai, passo a passo, imiscuindo-se nas questões temporais, o que provoca sérios choques entre esta e o poder laico, muitas vezes violento, inclusive em razão do abuso, pelo Clero, das sanções espirituais.

Assim, embora oficialmente o rei reconheça a supremacia do direito canônico, na prática, seus oficiais tendem a afastá-lo.

A função legislativa do rei é exercida por sua própria iniciativa, em geral ouvindo seu Conselho, ou por provocação em casos concretos apresentadas em Cortes. As leis eram publicadas na Chancelaria da Corte, copiadas pelos interessados e lidas pelos tabeliães diante do tribunal do concelho, geralmente, um a vez por semana, durante um ano.

Essas leis, em geral, entravam em vigor imediatamente, mas, havia exceção, como, por exemplo, numa lei de 1379, que disciplinava a prova dos contratos, onde marcou-se uma vacância de 60 dias, a partir da data da sua publicação na Corte.

Por fim, há que se registrar que, com a fundação da *Universidade*, entre 12 de novembro de 1288 e 1 de março de 1290, sancionada pelo Papa Nicolau IV, em 9 de agosto de 1290, entre as idas e vindas entre Lisboa e Coimbra, de alguma forma, começa a consolidar-se a cultura jurídica portuguesa, inobstante, ainda haja a preferência pelos estudos no exterior, sobretudo em Bolonha.

ÉPOCA DAS ORDENAÇÕES

A época das Ordenações situa-se entre 1446 e 1750.

As Ordenações surgem pela necessidade de se esclarecer o direito, pois até mesmo nas cortes havia dúvida sobre o direito aplicável. Havia que estabelecer um quadro geral de fontes do direito, de forma hierarquizada.

As *Ordenações Afonsinas* são fruto de um trabalho iniciado no reinado de D.

João I, por ordem deste a João Mendes, corregedor da Corte, passando pelo reinado de D. Duarte, e terminado por Rui Fernandes, em 1446, mandando o rei D. Pedro que fossem revistas.

Trata-se de uma compilação, dividida em cinco livros, e destes em títulos e parágrafos, das várias fontes de direito aplicáveis em Portugal, formadas por *leis anteriores, respostas a capítulos apresentados em Cortes, concórdias e concordatas, costumes*, normas das *Siete Partidas* e *disposições dos direitos romano e canônico*. Como a cópia e difusão de tão extensa obra era coisa demorada, o seu conhecimento se deu com vagar.

Interessante notar que as Ordenações dão primazia ao direito nacional e apenas na falta deste é que se pode recorrer ao direito romano e canônico, este para questões espirituais e aquele para questões temporais. Dita, ainda, regras de interpretação, dando-se preferência às glosas de Acúrsio e, na sua falta, à opinião de Bártolo. Quando a questão não estava contemplada em nenhuma dessas fontes, as lacunas eram resolvidas por *interpretação* ou *resolução* do rei.

As *Ordenações Manuelinas* surgem da necessidade de se abreviar as volumosas Ordenações Afonsinas, mandando D. João II que Lourenço da Fonseca o fizesse. Na verdade, somente no reinado de D. Manuel é que vai ocupar desse trabalho, aproveitando-se agora do surgimento da imprensa, quando em 1505 o Chanceler-Mor Rui Boto é encarregado de reformar o texto de cinquenta anos atrás. Em dezembro de 1512 saiu o Livro I das novas Ordenações, chamadas *Manuelinas*, e apenas de março a dezembro de 1514 é que se fez uma impressão completa dos seus cinco livros. Sua reforma definitiva data de 1521, ainda sob o reinado de D. Manuel, que, ao editá-la, mandou que dentro de três meses as antigas fossem destruídas por quem as possuísse, sob pena de multa e degredo.

A base das *Ordenações Manuelinas* é a mesma das *Ordenações Afonsinas*, com exceção da normas sobre os judeus, que desaparecem, já que foram expulsos do reino em 1496, e com exceção às relativas à fazenda real, que se tornaram autônomas. Diferem ainda na forma, pois, ao contrário daquelas, que traziam apenas textos copiados, estas trazem textos redigidos de forma nova, em forma de decretos, ainda que, no conteúdo, seja semelhante.

Se a hierarquia das fontes é a mesma das Ordenações Afonsinas, explica-se, no entanto, a razão pela qual o direito romano ainda é aplicado, mesmo que de modo

subsidiário. Antes não havia necessidade disso, pois considerava-se o *Império*, mas, nessa nova época, desfeito o ideal da "República Cristã", a razão pela qual se socorria do direito romano era a "boa razão em que era fundado". Já as glosas de Acúrsio e a opinião de Bártolo só são observadas de acordo com a opinião dos doutores, e apenas na falta desta é que se recorrerá realmente a Acúrsio e, finalmente, na falta deste, a Bártolo.

Interessante notar que os juízes eram obrigados a aplicar as Ordenações, prevendo-se penas para os que não o fizessem e que, em caso de dúvida, deveriam ser feitas interpretações em conjunto com os desembargadores da Casa de Suplicação, gerando os chamados *assentos da Casa de Suplicação*, visando a *uniformização judicial*.

Sendo reformados os *forais*, prevêem estes apenas regulações subsidiárias, de ordem local, como os encargos e prestações que os concelhos devem ao rei ou aos senhores, pois, o direito e processo civil e penal são matéria da legislação geral.

Como, no entanto, paralelamente às Ordenações novas e muitas leis extravagantes foram editadas, surge outra vez a necessidade de compilação. A compilação de Duarte Nunes do Leão, embora particular, é oficializada como fonte do direito pelo alvará de 1569, mas, ainda depois desta, faz-se novamente necessário outra compilação, seja pelo elevado número de novas leis, seja por razões políticas, quando Filipe I, antes de 1589, manda que o próprio Duarte Nunes do Leão e os desembargadores Jorge de Cabedo e Afonso Vaz empreendam a reforma das Ordenações.

Nessa época, já havia a discussão sobre a razão, colocada nos seguintes termos: se o motivo pelo qual se adotava o direito romano era a razão, que se adotasse a razão pura e simplesmente, deixando de lado o direito romano. Até porque, o direito romano de que se falava era o renascido na idade média, e não o verdadeiro direito romano justinianeu. Se esse novo era o bom, devia-se abandonar o antigo, ou, ao contrário, adotar logo o antigo, em detrimento do novo. Essa questão sobre a *Razão*, chama-se *Humanismo*.

As *Ordenações Filipinas* foram aprovadas por lei de Filipe I em 5 de junho de 1595, mas, só em 1603, já no reinado de Filipe II, é que entraram em vigor.

Essas ordenações não trazem muita inovação, senão a reunião das Ordenações Manuelinas, a Coleção de Duarte Nunes do Leão e as leis posteriores. Na verdade, a

dinastia castelhana parece que pretendia mostrar que respeitava as instituições portuguesas e, por isso mesmo, acabou sendo obscura, como aponta a crítica. Ocorre que, simplesmente juntando-se textos antigos e novos, sem preocupar-se em ver o que estava revogado ou em desuso, ou ainda que era contraditório, brotou um texto confuso e de difícil entendimento.

Com a Revolução de 1640 e entornando-se D. João IV, ao invés de tirar vigência às Ordenações, confirmam-na o monarca. Não se conseguiu reformá-la, sendo o monumento legislativo de maior vigência em Portugal, até a entrada em vigor do Código Civil de 1867, continuando em vigor no Brasil até o Código Civil de 1917.

PERÍODO ILUMINISTA

O *Período Iluminista* data de 1750 a 1820 e caracteriza-se pela tentativa de "iluminar-se" pela Razão. Esta que é humana e universal e que pouco foi cultivada até então. Mas, se é a Razão a base do bom governo, voltando a Platão, os filósofos deveriam governar, ou os reis deveriam ser filósofos. Essa última assertiva é mais apropriada, de modo que na idade moderna, vai surgir o chamado *despotismo esclarecido*. E o direito moderno irá caracterizar-se pela razão e pela vontade. O direito positivo deve ser fruto de uma vontade (de fazer a lei) a serviço da razão (que essa lei tutela e explicita).

O Iluminismo critica a tradição medieval romanista, que usava do princípio da autoridade, pois a única fonte de direito é a razão. E pretende-se que a demonstração seja de uso universal. O direito natural é o da natureza do próprio homem e não o da vontade divina. Cabe apenas à Razão descobri-lo, de modo que o *usus modernus pandectarum*, isto é, o uso moderno do direito romano, só é possível em relação às normas que estão conforme a razão.

Em Portugal, a influência iluminista começa com os chamados "estrangeirados", ou seja, os portugueses que haviam se formado fora de Portugal e que queriam que o país aderisse ao movimento de renovação que acontecia no resto da Europa.

Surge a *Lei de 18 de agosto de 1769*, chamada *Lei da Boa Razão*, que vai mudar a hierarquia das fontes do direito. Diz que o *estilo da corte* só valerá se for aprovado por *Assento da Casa de Suplicação* e o *costume* só valerá se for conforme a boa razão, não ser contra a lei e Ter mais de cem anos. Também o direito romano só seria observado se conforme a boa razão e, em matéria política, econômica,

mercantil e marítima, devia-se seguir as leis das Nações civilizadas da Europa, do mesmo modo que afastava o direito canônico das questões temporais, deixando de ser fonte subsidiária, assim como as glosas de Acúrsio, a opinião de Bártolo e as dos doutos.

Por outro lado, somente a Casa de Suplicação terá seus Assentos reconhecidos, de modo que as Relações do Porto, Goa, Bahia e Rio de Janeiro não têm mais o privilégio de ver seus Assentos válidos, a não ser que autenticados pela Casa de Suplicação.

Em 1770, cria-se uma comissão para promover a reforma do ensino do Direito, resultando nos *Estatutos da Universidade de Coimbra*, conhecidos como *Estatutos pombalinos*, referentes ao Marquês de Pombal, ministro do rei, que as implementou.

Por fim, com a invasão de Napoleão, passa a vigorar o Código Napoleônico traduzido, enquanto que, tentando-se, em 1802, constituir um código penal militar, com a fuga da família Real para o Brasil, seguida da Revolução portuguesa de 1820 e da Independência do Brasil em 1822, esse código nunca foi oficialmente publicado.

O DIREITO NO BRASIL²

ANTECEDENTES

Direito Romano e Germânico

Direito Canônico e Comum (Romano-Canônico)

Direito Português

Início até os Forais

As Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas)

BRASIL-COLÔNIA

Antes do descobrimento, não há um sistema jurídico influente, tomando importância histórica o direito imposto pela colonização. São importantes atos jurídicos:

² Consultamos, entre outros, para o período até o Brasil-Reino, Martins Junior, *História do Direito Nacional*, e para o período Brasil-Império, *Fiscais e meirinhos*, coord. Graça Salgado.

Cartas de doações e forais (origem dominical)

Capitanias hereditárias (1534 a 15305)

- os donatários recebem, do rei, competência judicial e administrativa – 12 capitanias dadas por D. João III – fase das Ordenações Manuelinas (feudos eram contra a lei portuguesa; em Portugal não haveria feudos)
- modificações na legislação sobre propriedade territorial e sucessória
- abusos por parte dos donatários, detentores de jurisdição (auxílio a amigos e vingança em relação a inimigos)
- criminalidade de toda monta, inclusive por eclesiásticos
- caos faz surgir governos-gerais

Governos-gerais (17.12.1548)

- fase das Ordenações Filipinas (1603)
- direito privado brasileiro: leis codificadas e extravagantes portuguesas
- direito público e administrativo: decretos reais especiais para o Brasil em número notável
- poder judiciário amplo dos governadores e menor dos capitães-mores

Organização judiciária e jurisdição eclesiástica

- primeira fase da Colônia: órgão supremo era o donatário, senhor do feudo (administrador, chefe militar e juiz)
- nos governos-gerais: ouvidores e provedores (poder de declarar direitos entre indivíduos e resguardar interesses do Estado)
- 1604: criado um tribunal chamado "Conselho da Índia", com sede na capital do reino, com competência para demandas referentes à Índia e ao Brasil (provimento dos bispados e dos ofícios de justiça, fazenda e guerra)
- 1608: "Mesa da Consciência e Ordens" (regimento de 23 de agosto divide competências)
- 1642: "Conselho Ultramarino" substitui o "Conselho da Índia"
- 1716 (com confirmações em 1717, 1724, 1744 e 1778): Confirmam-se as competências do Conselho Ultramarino, reduzindo-se as da Mesa da Consciência e as do Desembargo do Paço
- em 1587 já havia sido criado um tribunal para o Brasil, a Relação, que não vingou

- em 1605 requisitaram-se juízes para a Relação, que chegaram à Bahia em 1609, sendo extinto em 5.4.1626
- 1734: Segunda Relação é criada, não sendo instalada
- 1751 (13.10): criada Relação do Rio de Janeiro, compreendendo as 13 comarcas do Sul, inclusive Minas e Cuiabá, ficando o país dividido em dois departamentos: Norte e Sul, exceto Maranhão, que respondia diretamente à Metrópole
- ficam assim:
 - a. numerosos juízes singulares de 1^a. instância
 - b. dois tribunais de 2^a. instância (Relações do Rio e Bahia)
 - c. um tribunal supremo de 3^a. e última instância, a Casa de Suplicação, com sede na Metrópole
 - d. havia também as "juntas de justiça", desde 1765, que cerceavam a atividade judicial eclesiástica (Marquês de Pombal)
 - e. a jurisdição eclesiástica era exercida conforme as "Constituições" dos bispados, onde se confundiam matérias eclesiásticas com legislação civil, criminal e forense, sem relação com a religião – há várias medidas da Coroa contra excessos de jurisdição eclesiástica – a continuação da vigência da Lei de 10.9.1611 até 1647, permitindo a captura de índios, contraria a Bula do papa Urbano VIII, de abril de 1639, que excomunga caçadores de índios – e, 1649, declara-se a liberdade dos índios, mas, em 1653, volta-se a trás e, por força do padre Vieira, declara-se a liberdade dos índios novamente em 1655, revogada em 1663, 1667 e 1673, terminando, outra vez, em 1680, e retornando e, 1684, até que D. José I, ou, antes, o Marquês de Pombal, em 1755, acolhe a Bula do papa Benedito XIV, proibindo a captura de índios
 - f. também as leis sobre imigração, comércio, indústria e finanças apresentam vacilações, sempre fechando o Brasil ao exterior e isentando de liberdade também o comércio interno, com monopólio de "companhias" de comércio, que tinham isenção legal de jurisdição, gerando crise econômica (no Maranhão houve uma rebelião do povo) – Alvará de 5.1.1785 extinguiu indústrias brasileiras para favorecer comerciantes portugueses – faltava dinheiro na colônia, praticando-se

o escambo – forte também eram os regimentos sobre mineração e tributos

BRASIL–CORTE

Decreto de 26.11.1807: D. João VI vem para o Brasil (chega em 22.1.1808 na Bahia e em 7.3 no Rio de Janeiro) – "inversão brasileira": olha Lisboa a partir do Rio!

Reforma do Estado, muitos atos legislativo–administrativos – governa, porém, com mãos inglesas, conforme interesses da Inglaterra (leis com "anglicanismos" sugerem redação original inglesa)

BRASIL–REINO

- século 19: oficialmente, Carta Régia de 16.12.1815 torna o Brasil reino, precedida da Carta Régia de 28.1.1808 (abertura dos portos brasileiros às nações amigas), que é nossa emancipação comercial
- faina de legislar (moldes portugueses de administração sem considerar a diferença territorial): Relação do Rio de Janeiro para a "Casa de Suplicação", e é organizado o "Desembargo do Paço" como em Lisboa
- de 1808 a 1822 predominam institutos de direito público interno e externo (medidas políticas, administrativas, financeiras e diplomáticas) – direito privado quase não há
- privilegia-se o centro do país, deixando a periferia abandonada: ali o liberalismo não chega!
- Privilégios ingleses sufocam a nascente indústria brasileira (Inglaterra garantiu a fuga do rei!)
- Movimento de 1820 em Portugal influi no Brasil (Independência)
- Em abril de 1821 retira-se D. João VI para Portugal, deixando vários atos legislativos, inclusive o de 21 de abril, mandando observar aqui a constituição espanhola de 1812, e o ato do dia seguinte, revogando este e nomeando D. Pedro I príncipe do Brasil, deixando-lhe as "Instruções" (poderes para a administração pública, inclusive a da Justiça)
- Atos legislativos do príncipe em dois grupos, antes e depois do "dia do Fico": a) decretos de 1821 (necessidades administrativas) e b) decretos

de 1822 (reação às determinações de Lisboa - leis portuguesas só podem ser cumpridas no Brasil com o "cumpra-se" do príncipe regente, convoca assembléia de deputados das províncias, liberdade de imprensa, declara inimigas as tropas portuguesas vindas ao Brasil sem assentimento), o que vai culminar com a Independência do Brasil

- Claro o caráter administrativo-publicista do direito no Brasil, conforme a herança portuguesa

BRASIL-IMPÉRIO

- época do liberalismo na Europa
- Constituição de 1824, pretensamente liberal
- Criação dos cursos jurídicos
- leis portuguesas ainda são observadas (Ordenações Filipinas)
- Código Comercial
- Código Criminal do Império

BRASIL-REPÚBLICA

- ideais positivistas
- separação Estado-Igreja e laicização do sistema legal
- racionalismo jurídico profissionalizante
- continuação da tradição do direito público (governabilidade)
- fim da vigência de leis portuguesas
- Código Civil (1916) e Penal e de Processo Penal (1941), estes dois últimos nos moldes da legislação da Itália fascista - controle estatal

BRASIL HOJE

Podemos situar o Brasil hoje a partir da Constituição de 1988. As características do sistema jurídico nacional hoje são:

- Legiferância e direito público
- Tecnização do Judiciário segundo a "cientificidade" do Direito

CONCLUSÃO

Diz a obra *Fiscais e meirinhos*:³

Assim, o sentido mais geral da implantação de uma estrutura judicial no Brasil foi o de aparelhar os agentes ligados à Coroa com os poderes maiores de fiscalizar, julgar e punir os descumprimentos da legislação vigente, atribuições a que a Metrópole jamais renunciou, exceto no momento inicial de colonização (1530-1548). O controle que buscou exercer foi o mais restrito possível. Desde a nomeação dos ouvidores-gerais até a imposição dos juízes de fora, passando pela estruturação dos tribunais da Relação, ficou sempre implícito aquele objetivo básico, cuja realização prática tornou-se, sem dúvida, bastante dificultada, devido às condições específicas da Colônia. Em seu aspecto formal, porém, essas eram as diretrizes das ordens metropolitanas.

E, acrescentamos: nunca houve, portanto, preocupação com o "dizer o direito" no sentido de se fazer justiça, ou seja, "dar a cada um o que é seu", apaziguando conflitos, exceto quando estes pudessem chegar a ameaçar o poder.

3 Coordenação de Graça Salgado. Rio : Nova Fronteira, 1985, p. 11.

STO OU CONVENIENTE?

Talvez, portanto, seja melhor agir como Bucéfalo agiu, absorvendo-nos nos compêndios das leis. À luz suave de um abajur, com seus flancos libertos das coxas de um cavaleiro, sentindo-se livre e distante do clamor da batalha, ele lê e folheia nossos livros seculares.

(Franz Kafka, *A colônia penal*)

Numa leitura de toda a história do direito, pode-se verificar que o conceito de direito gira em torno de três aspectos que se substituem nas teorias como prevalecentes: há um confronto entre as visões do sociólogo, do filósofo e do jurista.

Os sociólogos dão prevalência para o fato, que teria eficácia sobre a norma e assim entendida encampando o valor que a inspira.

Por sua vez, o filósofo, com a busca da conduta segundo a verdade, uma certa "ética", daria prevalência ao valor sobre a norma e o fato, sub sumindo a norma a valores-fins, diante de fatos.

Já o jurista, tende a fazer prevalecer a norma em si, privilegiando o aspecto formal da decisão ética, sobre fatos e, uma vez erigida a norma, pela sua dogmatização, dirigiria a conduta segundo valores implícitos.

Reale entendeu que não era bom que houvesse essa distensão histórica entre as três dimensões da vida social, querendo integrá-las numa "trai-dimensão", ou seja, os três aspectos que tendem a se sobrepôr, devem, na verdade, se correlacionar.¹

Portanto, "direito", não é só fato, nem só valor e nem só norma. Não é objeto apenas do sociólogo, nem só do filósofo e sequer apenas do jurista. Esses três momentos, por assim dizer, se integram no conceito de direito, de modo a se correlacionarem sem preponderância.

O que se pergunta, então, é se essa correlação eclética é possível ou se acaba havendo uma preponderância, ainda que talvez velada, de uma delas, quando se procura integrá-las.

O que seria o direito como fato?

Segundo o sociologismo jurídico, a realidade social tem força maior do que as idéias e o fato social é que deve determinar o direito, servindo este, portanto, de

¹ *Filosofia do direito*, 12 ed. São Paulo : Saraiva, 1987.

instrumento da organização social, para seu pleno funcionamento. Ordem e progresso, é o lema dos positivistas empíricos.

A sociologia, que é o berço teórico do empirismo, não é mera ciência social, mas uma ciência natural, pois a vida social é vida de um organismo vivo, que se rege por normas próprias, naturais.

O direito é a medicina desse corpo transindividual.

Não adianta a confecção de leis, segundo certos valores, se estas não se condicionam aos fatos. Os juristas não passariam de "metafísicos" metidos a fazerem leis, que seriam totalmente divorciadas da realidade.²

Trata-se, assim, de "eficácia" do fato sobre a norma, a qual já encampa um valor, que deve ser, portanto, um valor fático.

O que seria, outrossim, a norma?

Sabemos que nem sempre há normas escritas e nem por isso deixa de haver direito. Reale define por norma algo mais complexo do que leis: é o "poder condicionado por um complexo de fatos e valores" (estatal ou consuetudinário).³

Quando se fala em poder, reflete-se uma idéia de direito cativo, de modo que acaba-se por conceituar a norma como um direito "objetivo", já que a "coação" supõe clareza, objetividade, para atingir seu fim. E objetividade, nesse sentido, supõe sempre o conceito de dogma como algo imutável, interpretáveis apenas para ser esclarecido – e o ideal é que seja o mais claro possível que dispense a interpretação! –, supõe, portanto, algo estático, de preferência escrito.

O conceito de norma, na verdade, como hoje se entende, satisfaz a necessidade burguesa do direito moderno, de dar segurança ao proprietário. É um direito natural do proprietário ter a sua propriedade e para tanto, a segurança dos negócios exige regras escritas, claras e testemunhas além do tempo, de um valor escolhido. O contrato é o instrumento da vida ordenada e segura.

Por fim, nessa tríplice visão, devemos perguntar: o que significa o valor?

Do ponto de vista filosófico, podemos conceituar o valor como algo da alçada da ética ou da moral, e ainda mais, odontologia-lo. Significa absolutismos o valor como verdade no sentido metafísico clássico.

2 Segundo Luis Pereira Barreto, o fundador da Escola Positiva (Comteana) no Brasil, os juristas, pelos quais tinha verdadeira ojeriza, assim como Comte, "são metafísicos que querem fazer leis." Para ele, médico formado na Bélgica, como para todo o positivismo empirista comteano, o Direito não era ciência, mas apenas a Medicina e a Engenharia.

3 *Filosofia*, p. 77/78.

Mas do ponto de vista estritamente sociológico ou do ponto de vista meramente jurídico, não podemos nos esquecer de que o conceito de direito e de moral sofreram ruptura, de modo especial com Kant.⁴

Se há um aspecto subjetivo nesse tridimensional, talvez este seja o valor.

Ou não haveria aspecto subjetivo nesse tridimensional?

Reale define o valor, como se disse antes, como o "fundamento" da norma.

A norma reflete o fato sob um prisma axiológico, o que significa que a norma, sem um valor, não tem fundamento. Valor e norma, norma e valor, estão, portanto, essencialmente ligados. Os fatos são causa da Nomogênese, no campo político, e atração da norma, na aplicação, no campo jurídico.

Isso não significa que os fatos não tenham igual peso na tridimensionalidade. É pelos fatos que se constitui a sociedade e por causa deles é que se erguem monumentos legais que os tornam fatos jurídicos, iluminados pela escolha axiológica.

Temos, portanto, questões de fato e questões de direito. A interpretação das questões de fato, da realidade social, será feita de modo a se enquadrá-los na geometria da norma, na anatomia legal.

Reale se sente satisfeito com o ecletismo das teorias tridimensionais do direito, que consegue, segundo ele, satisfazer a juristas, sociólogos e filósofos.

Mas, voltamos a perguntar: é possível realmente uma harmonia de igual força entre os três aspectos do fenômeno jurídico?

A intenção de Reale é boa. Para ele, o homem é a fonte de todos os valores,⁵ sendo que a liberdade é que possibilita a história⁶ e sendo que o "ser" do homem é o seu "dever-ser".⁷

O direito, para ele, não serve "só para salvaguardar e tutelar os bens adquiridos, como, acima de tudo, preservar e garantir o homem mesmo como livre criador de novos bens".⁸

O problema da segurança e certeza do direito, para Reale, não se coadunam com a liberdade da vida. Direito certo é igual a segurança, mas a certeza estática da lei não condiz com a vida que é, por si mesma, uma incerteza.⁹

4 Conferir estudo sobre Ética e Política, adiante.

5 *Filosofia*, p. 96.

6 *Filosofia*, p. 97.

7 *Idem*.

8 *Filosofia*, p. 99.

9 *Filosofia*, p. 103.

Por isso, a questão da justiça se sobrepõe, para ele, à questão da ordem. Se justiça é virtude do justo, ordem sem justiça é puro regulamento funcional que leva à instrumentalização do ser humano.¹⁰

Mas, na sua teoria tridimensional do direito, que se orgulha em ter possibilitado a correlação sem prevalência, de fato, valor e norma, o que significam, afinal, termos como "valor" e "justiça"?

A interpretação, para Reale, deve ser feita conforme fatos e valores que condicionam a norma e conforme fatos e valores que lhe são supervenientes, devendo a sentença que aplica o direito passar de um mero silogismo para uma experiência axiológica concreta. Filia-se, portanto, a uma corrente "histórico-evolutiva" de interpretação, dissociando-se de um idealismo neo-kantiano do tipo hansenianos

O problema da interpretação está relacionado com o problema do conceito do que se interpreta. Como escreveu Reale, "dize-me que espécie de realidade te parece ser o direito, e eu direi como o interpreto".¹¹

Entretanto, em *Pluralismo e liberdade*, já havia escrito Reale, que o valor está compreendido nacionalmente na norma e deve ser descoberto pelo intérprete.¹²

Nesse sentido, interpreta-se uma interpretação que é a norma e não se pode avançar além do "desenho intencional", partindo-se do pressuposto de que a norma já é em si, uma decisão razoável, que na interpretação ou aplicação, deverá ser geologicamente entendida. Portanto, a lei é o momento culminante do direito.

Enquanto fato, o fenômeno é apenas social, como valor é apenas filosófico e só como norma é que passa a ser jurídico. Mostrar a língua para um cachorro é um fato que não tem importância ou relevância social alguma e, por isso, não é conduta periodicamente relevante. Mas o crime de corrupção dentro da máquina estatal também é fato social relevante do ponto de vista moral, sem que, muitas vezes, assumam relevância jurídica, se depender da vontade política do legislador.

10 *Filosofia*, p. 105.

11 *O direito como experiência*, ensaio X, p. 235 e s.

12 *Pluralismo e liberdade*, p. 217.

Esse modo de pensar pode ter sido abandonado mais tarde, por ocasião da edição de 1968 da *Teoria tridimensional do direito*, mas a essência da teoria não foi mudada e esta, como instrumento, não possibilita a mudança que o seu autor pretende para a hermenêutica, sem a sua destruição intrínseca, ou seja, sem a mudança do modo de ver o direito em sua essência.

Enquanto se considerar essenciais para a ocorrência do "justo", além do valor em si, o fato e a norma, esta, pelo seu caráter dogmático, escrito e imposto, deverá prevalecer.

Sob o ponto de vista contratual, o que importa é o fato social, pois através dele é que se expressa a "vontade geral" (Rousseau).

A vontade geral pode ser entendida sob o manto do historiarmos agostinianos, como "constrangeis" ou "espírito do povo", que é a cultura que possibilita a identidade de um povo, ou a sua constituição singular. Um povo é ele mesmo e não outro por causa de suas desnaturalizações sociais através da cultura, inclusive do folclore e dos costumes.

Mas a verdade é que o historiarmos gerou o mais exacerbado positivismo legal, pois a maneira que se encontrou de "objetivar" esse espírito, essa vontade geral, de se fazer obedecê-la para não corromper a identidade cultural, foi a "interpretação" dessa cultura pelo próprio povo, através, é claro, dos seus representantes no parlamento. É o povo que legisla, mas através de seus representantes, e tais leis devem ser obedecidas sob a força da coação, pois são, de um lado, a expressão da vontade geral e, de outro, a vontade de cada um dada a si mesmo. Nada mais moral do que isso!¹³

Esse empirismo sociológico leva a um positivismo em nada diferente do positivismo idealista dos juristas, a não ser na fundamentação, ou seja, pelos fatos sociais pelos primeiros, e pela obediência formal a princípios constitucionais pelos últimos. Os juristas, porém, consideram válidas normas que se fazem regularmente, ou seja, segundo regulamentos. Esses regulamentos já são leis anteriores que, para serem válidas, devem ter sido elaboradas igualmente segundo regras anteriores e assim por diante, até chegar na constituição, que é a lei fundamental, a normandia. Antes da lei primeira pode haver outra? Logicamente não, pois é a primeira. Até Kelsen é forçado a reconhecer que antes do Estado, antes da lei, vêm os fatos, a realidade. E nisso o idealismo jurídico hansenianos concorda com o empirismo

13 Conferir nosso comentário sobre a Filosofia Kantiana, a respeito de Ética e Política, adiante.

sociológico de Weber ou com o historiarmos de um tipo do preconizado por Savigny. Não no fundamento, mas nas conseqüências práticas.

Ora, se o fundamento da norma, o "valor", é fato ou princípio, não faz diferença, pois uma vez eleita a norma, esta irá condicionar a realidade daí por diante, através da sua interpretação exegética. A interpretação exegética é conservadora dos princípios eleitos na fase nomogenética, proibindo a compreensão ou criação do intérprete, permitindo apenas a explicitação da vontade politicamente contida na norma.

A diferença entre "justo" e "conveniente" é que o "justo" deve ser entendido ontologicamente como a prática do verdadeiro. Não depende da "vontade" de quem quer que seja, mas se expressa através da discussão sincera, pois o ser humano, que age através da palavra, deixa agir justamente a argumentação livre que ilumina o ser escondido atrás do que aparece (fenômeno). É por isso que a verdade, absoluta na essência, se fenomenal na historicidade do homem de forma proporcional, segundo Aristóteles. Para se manter verdade, a proposição deve ser proporcional à realidade (aos fatos). Isso independe da "vontade", mas deve ser demonstrada através da palavra, do "logos" que se consubstancia no "noumos" que constitui a "alma" do corpo social. "Alma" significa aqui o que anima, ou seja, o que dá vida. Mais ainda, o que faz significar ou identifica.

O conveniente, entretanto, é o que interessa ideologicamente para um fim fora de si mesmo e admite o direito como instrumento da ordem social, se for pela conveniência de todos (aristocracia ou democracia), ou do poder compressor, se for pela conveniência de um ou de alguns (despotismo ou oligarquia).¹⁴

Ora, ainda sob a rigidez de um sociologismo histórico, podemos dizer que a história é fruto da necessidade,¹⁵ pois o homem age em busca de satisfação (e disso surgiria a *preocupação* como foi apontado por Heidegger), de modo que toda ação humana é interessada e ideológica.¹⁶

Trata-se, portanto, da busca de regras para a administração das liberdades, a fim de se possibilitar a convivência dessas liberdades, conforme definiu Kant ser o direito.

Mais do que uma conexão "direito-economia", portanto, o próprio direito tendo

14 Segundo Aristóteles.

15 É importante discutir Santo Agostinho e Marx neste contexto da Filosofia.

16 Para Marx, por exemplo, o ápice da ideologia é o próprio Direito, sobretudo através do instituto do contrato e, especialmente, do contrato de trabalho.

como fundamento (valor) a conveniência de uma ordem funcional, deveria ser definido como "economia", no sentido lato e etimológico de "regras (de administração) da casa", ou seja, da polis, da sociedade.

Para a teoria tridimensional do direito, portanto, o "valor" não se define como "justo", mas como "conveniente" e assim, se situa ainda, a despeito de sua pretensão de novidade, no estreito âmbito do legalistas

Mas não seria isso mesmo?

Cabe distinguir o direito como instrumento de administração social e, portanto, guiado ideologicamente pelo conveniente e o direito em si como expressão do justo.

Não há dúvida de que o homem precisa de regras e é impossível ocorrer uma sociedade sem regras, ainda que regras em sentido amplo, como inclusive as consuetudinárias.

Mas as regras não devem ser valor em si ou, como alguns dizem, a representação de um valor já eleito e legitimado (vigência e eficácia) pela observação da forma nomogenética.

Apenas o justo, como verdade, é justo em si mesmo. E tende a se ocultar, na medida em que o homem foge da luz da verdade, fechando-se em si mesmo na egoíde, ou geologicamente, poderíamos dizer, ao invés de ir ao encontro da verdade, na convivência e abertura para o outro, na austeridade da polis.

As leis são necessárias na medida em que o homem não é justo, e têm por finalidade compensar ou trazer de volta, à força de coação, o justo perdido.

Por óbvio, não há justiça forçada. O que se consegue, no máximo, é diminuir a injustiça para com a vítima da ação egoísta, mas não tornar o egoísta, á força, um altruísta. A lei é, portanto, um instrumento de administração das liberdades, ou melhor, da falta de liberdade, para contrariar Kant, em vista da convivência.

É a verdade que liberta e livre realmente é o homem justo. Aquele que não é justo, só pode ser contido.

Dessa maneira, a lei visa sempre a conveniência: se essa conveniência for a de todos, confunde-se a conveniência com o justo? A princípio sim, pois não se imagina injusta a ação que não prejudique uma só pessoa. Não seria, porém, a conveniência ou o interesse de todos a justiça em si, mas uma despersonalização proporcional do justo verdadeiro e absoluto.

Ocorre que, como Aristóteles já desconfiava, não há conveniência de todos, na

prática, pois isso seria a democracia perfeita, e que redundaria no "anarquismo", ou seja, no "não-governo". Não haveria estado sobre o homem, pois ele mesmo estaria estabilizado. Isso é o paraíso, do qual o homem fugiu!

Efetivamente, a democracia acaba numa condução do povo por alguns, os "demagogos", os seus representantes, os quais irão, em nome do povo, mas segundo experiências de vida pessoais e, portanto, segundo interesses ou ideologias pessoais, interpretar a "vontade geral".

Num âmbito meramente administrativo ou "econômico" do corpo social, não há como deixar de lado o caráter instrumental do direito, mas a conveniência que rege o ordenamento não pode de modo algum, contrariar o princípio de justiça. Sob pena de não funcionar, pois se a correlação fato-valor-norma é impossível, a preponderância deverá ser sempre do justo. A verdade como valor absoluto, e já não mais valor (conveniência), mas verdade em si mesma, ocorre por si mesma, através do fato, que é a sua "prússia" a cada momento da história.

A norma é instrumento, o direito não.

NATUREZA DA PENA NA HISTÓRIA

Ubi homo, ibi Jus: Desde que o homem se entende como ser que convive, entende-se como ser envolto numa cultura jurídica. Há sempre Direito na relação inter pessoal, pois entre as pessoas, seja na família, na cidade ou no mundo, há sempre que se co-ordenar as vivências, de modo a se atender a natureza humana, equilibrando-se as suas duas facetas, quais sejam, a individual e a social, esta caracterizada pelas "outras" individualidades que "co"-operam no mesmo mundo onde a vida se desenvolve.

O dilema existencialista é este: vivo num mundo onde vivem também outros sujeitos, observando-nos uns aos outros, cada um à procura de seus objetos. São objeto para o eu e eu sou objeto para os outros. O Direito, como "arte do bom e do justo" (Cesso), deve superar, entretanto, essa visão individualista de um sujeito à cata de objetos - e que, se aturando, se comunicam-, mas deve propiciar uma atitude de comunhão na qual a "arte" do bom e do Justo seja uma "arte de bem viver", onde "viver" é sempre "con-viver", ou. "viver com".

O "outro" deixa, então de ser "objeto", mas são seres que se sabem não definitivos, que estão "sendo" Juntos, em reciprocidade, são "ser-aí", no dizer de Heidegger.¹

Esse modo de encarar as coisas foi tipicamente grego, na essência da sua filosofia, mas antes e depois deles não foi o que perdurou, embora tenha influenciado sobremaneira o direito romano.

Antes e depois, no curso da história, a visão do direito e, pois do Direito" de punir e do direito de não ser punido, adquiriu poupanças diversas.

É preciso perseguir as pistas que a filosofia do direito nos dá, para se saber enfim, o que é pena no âmbito jurídico, e qual é o fim do direito penal.

A pena tem seu inicio certamente no caráter sacro da expiação, na mesma medida em que o delito tem sua aparição antes como pecado, ou seja, como ato sacrílego, que afronta o sagrado e que deve, pois, ser expiado através da penitência

¹ Conferir *Ser e tempo e Introdução à metafísica*.

ou sacrifício, para a recuperação do *status quo ante*, de "religação" com a entidade divina com a qual se rompeu os vínculos. O caráter de pena ou penitência é, assim, o mesmo caráter da essência da idéia de religião. Parece-nos que só depois desse aspecto primitivo é que a pena adquire um colorido de vingança, quando já se mistura a noção de pecado como ofensa à divindade à de ofensa da pessoa, ou numa visão cosmo panteísta de absoluto, à quebra da harmonia que constitui o "cosmo". A palavra "cosmo" significa, portanto, a ordem, ao contrário de "caos", que é a desordem.

Aproveitando-se a idéia de expiação, quando o indivíduo deveria sofrer de alguma forma para "compensar" o pecado, pulou-se facilmente para a "vingança" que na fase do estado teocrático primitivo era ainda uma "vingança pública", pois o ente atingido era supra individual

Depois disso, laicizando-se o Estado, o ato criminoso também foi encarado do ponto de vista de dano individual, possibilitando-se a "vingança individual".

Evidentemente que a "vingança privada", como pensaram alguns, gerava um estado de violência tal que levava a uma anarquia, a um "estado natural" de selvageria, que teria como conseqüência a destruição dos homens. Thomas Hobbes, por exemplo, no famoso "Abreviatura", proclama que os homens não são capazes de auto governar-se, não podendo, por conseguinte, exercer autonomia, que fica para a soberania do Estado. Esse poder de império poderia restringir a liberdade de cada um, em nome de todos, para possibilitar enfim a convivência. O monopólio da violência pelo Estado inibiria a tendência natural do homem de ser lobo do outro homem. Abandonando-se, portanto, uma idéia religiosa, se não de tudo, ao menos quanto às características preponderantes, parte-se para uma concepção naturalista de direito como ordenamento, que persiste até hoje como uma visão orgânico-funcionalista da sociedade. Aqui, o pecado não é a ofensa à divindade, mas a perturbação da ordem, que desequilibra todo o cenário no qual se desenvolvem as performances existenciais. Com efeito, a ação é injusta se, de um todo, um indivíduo ocupa mais do que é seu, o que, sistematicamente, vai diminuir as possibilidades do outro. A vingança é sede de um sentimento emocional, mas este sentimento é causado pela indignação da perda de espaço, que pode chegar a um mínimo tal de liberdade, a qual é o supremo bem nos tempos modernos, que não resta outro remédio do que em nome da liberdade, limitar a liberdade. Liberdade

ilimitada é o sinônimo da falta de liberdade, pois "nada se cria, nada se perde", mas passa de um para o outro.

As teorias liberais dão um impulso considerável à noção de Direito como ciência, segundo a pretensão moderna, abandonando o caráter filosófico-religioso da pena.

Enquanto Bacharelou falava que a pena derivava do contrato social – pelo qual nos comprometemos beneficiamento a conviver – e, pois, o criminoso concorda com a pena prevista para o crime que comete, Kant já apontava para a teoria da retribuição, segundo a qual, na verdade, o criminoso merece a pena, ou seja, esta é retribuição pelo seu ato.

A idéia de "retribuição" sugere um efeito automático, na mesma intensidade e sentido contrário, para se falar em física moderna, ou seja, o "justo" pagamento ou compensação de um dano.

Mas a justiça comutativa (corretiva) se refere ao direito privado, substituindo o Estado a vingança dos particulares e dando a estes uma satisfação. Passando-se depois para uma justiça distributiva de "dar a cada um o que é seu" em termos finalistas, a pena justa é a que corresponde não ao crime mas à responsabilidade do criminoso, o que não tem critérios de se medir, segundo G. Debrucemo² O que se vê, entretanto, é que o Direito Penal nasce com o Estado, afirmando Habermas³ que o Estado Moderno assim o é apenas com o Direito Penal, que é a garantia de sua soberania, já que o Estado Moderno é o Estado que pune. Passa-se da vindica à indenização, segundo G. Del Melchior,⁴ sendo que o fim do direito penal não é a justiça, mas a conveniência! Essa conveniência é do Estado e da Sociedade, quando não dos detentores do Poder (do Príncipe, segundo Maquiavelismo), já que o "estado de natureza" (Hobbes) significa a anarquia, a falta de governo do "todos contra todos", a ausência do próprio Estado e uma autonomia que elide qualquer poder.

Para que se cumpra o interesse do Estado (da sociedade e/ou do dono do poder), é preciso que se estabeleça a pena como intimidação, ou seja, adestramento do indivíduo para obedecer a regras (como revela sistematicamente a teoria lingüística de Wittgenstein) e também como afastamento da esfera de influência que é a vida social (prisão), e, ainda, no caso extremo, a pena como eliminação do inimigo, que

2 *Filosofia do direito*, p. 313/333.

3 Conferir especialmente *Teoria e práxis*.

4 *Cit.*, p. 521.

serve também de intimidação, na base da experiência da morte do outro, um castigo que não se quer sofrer.

Esse efeito pragmático da pena a torna uma estratégia de controle de comportamento ("behaviorism", a versão positivista na psicologia) para eliminação do que é considerado mal. Caso não dê certo, exigirá ainda para satisfação de seus efeitos utilitaristas de eliminação do mal, a eliminação do próprio benfeitor

É verdade que através das chamadas teorias puras,⁵ se procurou eliminar do direito todo e qualquer interesse, mas demonstra-se que jamais foi possível adquirir uma noção pura de pena, como "ética de princípios", como, ademais, de todo o direito, pois quanto mais "pura" uma teoria, mais serve de chave universal, que é instrumento de diversas ideologias.

Há sempre uma necessidade de resultados no conceito de sanção penal, o que acaba desembocando nos conceitos que autores alemães chamam de pena de fim ("contrafeitos") em oposição a pena meramente redistributiva ("vergeltungsstrafe"). Quando se fala em "ética de princípios", admite-se uma certa "natureza", ou seja, um início que determina um fim. Ao contrário, uma "ética de resultados" fala em "fins" que condicionam a ação, ignorando-se, se preciso, as razões fundacionais ou princípios. Mas se uma ética de resultados não é conservadora, uma ética de princípios é sempre estipulada com vistas a resultados, ainda que para preservar princípios.

Portanto, Direito Penal, como vem sendo entendido e praticado, nada tem a ver com justiça e sim com conveniência. Não se pode esquecer a visão de totalidade do mundo deslumbrado com a física moderna, por exemplo, cabendo ao Direito a conservação ou a recuperação do "status quo ante". Se essa conveniência é do detentor do poder, estamos sob um regime despótico ou autoritário. Se o interesse é do Estado em si mesmo, há um regime fascista (o que também se aplica ao Comunismo ou Socialismo concreto como ficou conhecido). Apenas no caso de se pretender uma autêntica conveniência da sociedade, ou seja, das pessoas que a compõem, é que se poderá discutir sobre a conveniência da pena em suas espécies, embora mesmo aqui não se tenha a noção de justiça presente, mas ainda a de "interesse" da maioria, já que o autêntico interesse de todos é impossível de se classificar. Ora, justamente por se tratar de conveniência dos próprios indivíduos é que o liberalismo tratou de deixar bem claro que o apenamento é exceção.

⁵ Hans Kelsen e sua *Teoria pura do direito*, por exemplo.

E deve se basear em regras claras e a priori (Não há pena sem lei e esta lei deve ser anterior ao fato que gera a sua invocação). Isso para que se evitasse que o Direito Penal fosse instrumento de poder, de adestramento ou eliminação do indivíduo e aniquilação da autonomia. No interesse da liberdade é que se devia privar, no mínimo possível essa liberdade, como asseverou Kant, porque a liberdade absoluta é o mesmo que não haver liberdade!

Absoluto pretende ser o Estado (Hegel) ou o Déspota que diz "O Estado sou Eu" (Luís XIV).

Obviamente, não podemos ser ingênuos. Bacharelou, o mesmo que sintetizou essa ideologia no famoso brocardo pseudo-latino "nulla poena sine lege", adotado pelo nosso Código Penal (art. 1º), pode selecionar as condutas típicas, deixando de lado ocorrências características de certas camadas sociais, tais como a "usura" ou a "banarrota".⁶ Como não basta mais ser imoral, tem que ser ilegal, pode-se agir contra a moral sem ser punido! Portanto, o princípio de que a punição deve ser exceção, deve ser completado, na prática, para que se diga com clareza: a punição deve ser exceção quanto aos burgueses, os proprietários. A ira do Estado deve se voltar contra os que ameaçam a ordem, deve objetivar os que não pertencem à "polis". Ser "polido" é obedecer as normas da cidade, do "burgo", o que ocorre com os burgueses (porque, evidentemente, as leis são feitas por eles). Já o "vilão da estória" é aquele que não pertence ao burgo, mas à vila, é o trabalhador rural que vive na periferia da cidade. A esse se destina a ira da punição. Mas, no sentido acima, não há um "Direito Penal", mas o Direito é essencialmente anti-penal. É o direito de não ser punido que está em jogo contra a conveniência da punição. E é pela conveniência da sociedade, pela sua segurança, que se estabelece que não é conveniente que se apene um inocente, mesmo à custa de se não apenar um culpado, porque a incerteza da vida social é o pior dos males. Certo é, contudo, que o princípio "in dubio pro reo", de presunção de inocência, pesa mais a favor do burguês, como historicamente se demonstra.⁷

Direito é não ser punido. Como o direito é não agredir. E só se agride legitimamente para afastar agressão atual ou iminente, assim como se pune apenas para afastar o mal do agressor. A sociedade como um organismo (funcionalismo) é que se remedia contra um órgão doente. E, entretanto, a sociedade não é um

6 Conferir G. Rushe e O. Kirchheimer, *Pena e estrutura social*, p. 175.

7 Idem.

organismo que resulta da fusão dos indivíduos. Ao seu lado permanece a natureza individual de cada ser humano.

Essa visão liberal-individualista do direito, inspirada numa teoria de preservação, como se vê, admite a pena de morte também, a exemplo das teorias absolutistas que quer afastar! Como se admite também biologicamente que se extirpe um membro do corpo para se estancar um câncer! Vale dizer, a natureza da pena, para o liberal, que pressupõe uma ética de princípios, cede também a uma medida de defesa social, que obedece a uma ética de resultados.

Se não importa, entretanto, a realocação mágica do "status quo ante", através de rituais religiosos, porque, na verdade, isso não ocorre, é preciso "utilizar" a pena, ou seja, torná-la útil.

Quando os integrantes da Escola positiva italiana apareceram, fizeram um grande bem ao Direito Penal, possibilitando a discussão, voltando-se para o indivíduo e fundando-se a moderna criminologia. Já não importava apenas a relação lógico-formal entre fato, valor e norma, num silogismo perfeito, mas a compreensão gestáltica da conduta humana, com suas determinações de ordem genética (Lombroso) ou social (Ferri), e suas conseqüências diante da performance social. Evidentemente, segundo essas teorias, a pena como um "direito" do criminoso para expiar seu erro, não tem mais sentido. Desvenda-se os olhos para ver que não há pena como reafirmação de princípios (o sagrado), mas se almejar sempre medidas de prevenção, ou seja, medidas de segurança.

Os liberais não aceitavam isso. Evidentemente que a punição visando a pessoa estava proibida, pois isso era coisa do antigo regime, quando se punia não o crime, mas a pessoa, de acordo com as conveniências ("ao inimigo, a lei"). Entretanto, a objetivação buscada, fazendo-se punir "cegamente" o fato em si, independentemente da pessoa, não passou de ledor engano, pois os fatos selecionados como típicos, isto é, como crimes previstos em lei, já traziam consigo o espectro de quem iria cometê-los. A busca da compreensão do homem, porém, trazia nuances antropológicas e sociológicas importantes para o julgamento de sua conduta. Uma "individualização" da pena, assim, se tornava passo importante na história da pena.

As medidas de segurança são por excelência a busca de resultados em razão da vida social, ou seja, a salvação da sociedade diante do perigo do membro revoltoso.

Ou se cura o indivíduo desse mal, ou se livra a sociedade dele, seja com a segregação ou com a eliminação. Nesse sentido, a "pena" de morte não é pena, mas "medida" de segurança ou de defesa da sociedade. Mesmo porque o conceito de "morte" com o de "pena" não se coadunam, mas serve o desta para mascarar a medida em busca de resultado, odiosa para o direito liberal moderno, que ficaria assim obrigada por uma questão de princípios, ou seja, de natureza. Só que, como se disse, encontrava sempre suas exceções.

Se a pena possui o caráter de mal, pois que o mal do crime só se repara com outro mal, o da pena, a medida de segurança é um mal, mas não mal em si. É um meio tal como um tratamento doloroso, mas necessário .

Sempre se procurou distinguir os dois conceitos, mas os pensadores acabam sempre admitindo que há uma tendência à unificação de ambos, pois de nada adianta a reposição teórico-jurídica da ordem - que é uma ficção -, se não se resolveu um problema que cada vez mais aflige as sociedades, não mais como fato individual, mas fenômeno social: a criminalidade.

Chega-se então à conclusão de que o Direito Penal - nos seus moldes de Modernidade do século XIX em diante -, fracassa! E fracassa porque foi elaborado como medida social contra a exceção individual e localizada. Não serve, porém, um remédio para estancar uma ferida, se esta assume nuances de mal generalizado. A criminalidade generalizada assume características de efeito bélico dentro da própria sociedade, numa espécie de guerra civil, e tem no Direito Penal um adversário fraco. As leis, apesar de sua concepção teoricamente coativa, não passam de imperativos morais, quando o são. O hoje chamado Direito Civil (para se distinguir do Penal) só que permite o exercício dessa coercibilidade por parte do Estado. Falamos que Habermas toca no assunto: o Estado Moderno é o Estado que pune, pois antes esse direito se diluía nas mãos do senhor feudal, dentre os quais, muitas vezes estava o monarca, e nas da Igreja.

Entretanto, o Direito Penal moderno prevê a pena como um "direito" do criminoso de, pagando o "tributo", quitar o seu débito e religar-se com laços de convivência. A lei penal moderna jamais proibiu o fato que prevê como crime, pois os pensadores liberais partiram exatamente do egoísmo da natureza decaída, sabendo que a ausência de crimes era impossível. Só faziam ver que tais atos eram reprovados, como o nosso código atual ainda pretende, aplicando a pena para a

"reprovação" e nessa medida a sua "prevenção".⁸ Ora, um direito que não é exercido ignora o Direito penal e assim todo o Ordenamento coativo. O fato da fuga do criminoso ou o passar do tempo possibilitando a prescrição, como todos os fatos, aniquila de fato, as questões de direito!

Outrossim, é evidente hoje o número de contendas resolvidas à margem do direito oficial ou do poder judiciário, meramente por necessidade de se resolver impasses, pouco importando a "lógica jurídica". Resta-nos então o conceito contemporâneo de pena como sinal, como símbolo lingüístico que significa reprovação. É ainda uma noção moral de pena: a sociedade precisa dizer, para sua própria sobrevivência e bem-estar, que não aprova determinadas atitudes, em determinadas situações.

Para Zaffaroni, trata-se das "penas perdidas", isto é, as penas carentes de racionalidade, que são desarmadas com o mais leve toque com a realidade, sendo racionalidade, para ele, sinônimo de coerência, verdade, isto é, legitimidade.⁹ Por isso mesmo, o sistema penal é, para Zaffaroni, "um embuste", já que pretende dispor de um poder que não tem, ocultando o verdadeiro poder que exerce.¹⁰ Esse poder é, inclusive, o de provocar efeito contrário ao que oficialmente prega, como, por exemplo, aumentar, com o rigor da pena, a corrupção, ou os lucros com o delito, como o aumento do preço da droga ou do aborto clandestino.¹¹

Gustav Radbruch afirmou desejosamente que talvez um dia a idéia de pena desapareça e algo de mais humano e inteligente venha a surgir.¹² Não só a morte, mas a própria limitação da liberdade ou mesmo a dimensão psicológica e moral da repreensão como reprovação social, no conceito psicanalítico, devem ser repensados.

Pensar a morte leva a pensar a vida. E a vida é um bem, mas não o supremo bem. O maior bem é a vida com dignidade.

Historicamente se sabe que toda época de crise se caracteriza pela volta da discussão da pena de morte, quando não de sua aplicação e, de modo geral, pelo endurecimento das penas,¹³ enquanto que, por sua vez, os partidários do maior rigor penal também estão sempre constatando que a criminalidade aumenta,

8 Conferir o artigo 59 do Código Penal de 1984.

9 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 12 e 16.

10 Idem, p. 32.

11 Idem, p. 220.

12 Rusche e Kirchheimer, cit.

13 M. Foucault, *Vigiar e punir*, p. 72.

constatação esta que é duvidosa, como aponta Michel Foucault. A dignidade, a liberdade e a vida só estarão a salvo, só serão poupadas e não encaradas como objeto de conveniência, quando se resolver o problema da própria pena. O dilema de punir será resolvido quando se deixar de lado a idéia de comunicação (que supõe o isolamento na cidade dos homens) e se cultivar a comunhão, que supõe a fusão de horizontes e é própria da Cidade de Deus (Santo Agostinho). Só depois de dadas todas as condições de vida digna é que se poderá falar seriamente em punição.

Lembrando-se sempre que o Direito Penal busca proteger os direitos, não é correto e nem justo pensar-se o Direito Penal que em si mesmo não protege os direitos senão em vista de direitos maiores já sacrificados. Volta-se à idéia de "legítima defesa" na sua nascente filosófica.

A pena, que é um mal, só pode ser infligida, se não se puder proteger, de outra forma, o direito ameaçado também com uma conduta que é um mal.

Antes disso, porém, permanecerá o dilema de punir e caberá a nós discutirmos o problema da punição, pois conforme se trata esse assunto, – quase sempre atingindo os mais miseráveis,¹⁴ é que a sociedade – e cada um de nós – demonstra sua dignidade.

O DIREITO POSITIVO ATUAL

R. Saleilles, num texto de 1898,¹⁵ demonstra que, para aquele tempo, pelo menos, caminho era a individualização da pena. Conceitua ele o Direito Penal como sendo o domínio dentro das lei positivas da necessidade de defesa social, ou é ele mesmo o instrumento de defesa social acomodado às exigências da idéia de justiça. No seu tempo, não é difícil concluir que o Direito Penal é a sociologia por excelência, a exemplo do que já indicara Emile Durkheim e que fora bem recebido pelos positivistas brasileiros. Saleilles observa entretanto que para os positivistas italianos, reduz-se direito penal à idéia de defesa social, atentando, porém, para o fato de que a idéia de justiça se liga à idéia de bem e de mal, que leva em questão a responsabilidade humana.

14 Zaffaroni, p. 42, cita os seguintes brocardos folclóricos: *A lei é como a faca que não fere quem a empunha. Se na sentença dos juízes percebes alguma justiça, vê os pés do delinqüente e descobrirás que usa botas* (Juan León Mera. Canatres del pueblo ecuatoriano). Uma canção da Paraíba diz assim: *Quem é que vive mais, o ladrão besta ou o sabido? O besta morre logo e o sabido é garantido!* (Castanha e Caju, música popular nordestina).

15 R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, p. 95 e 104.

Como a conduta criminosa se caracteriza pela violação da ordem, a pena é a sanção dessa violação, ou seja, é dada não ao indivíduo, mas ao mal produzido. Por isso, o Direito Penal é uma construção abstrata que conhece o crime e ignora o criminoso, construindo-se a figura do crime como uma entidade jurídica análoga a uma concepção geométrica ou uma fórmula algébrica. É uma medicina que se ocupa das doenças e se esquece dos doentes.

Na verdade, o poder de punir se escondia atrás da "natureza das coisas" (pena retributiva), ou, como se refere Michel Foucault, "punição analógica", ou, o direito penal como "um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio".¹⁶

Para Saleilles, no entanto, a pena deve ser concebida teleologicamente. Ao contrário dos clássicos, que pensavam uma preservação de princípios, acha que a pena deve ser dirigida ao seu fim social, ou seja, instrumento para um resultado. Volta-se aqui à diferença consagrada nos termos alemães *Zweckstrafe* vs. *Vegetungsstrafe* conforme apontado por Von Liszt.¹⁷

Ora, diz Saleilles, individualização da pena é adaptá-la ao indivíduo, entendendo que não há crimes, mas criminosos. Ou, diria a medicina, não há doenças, só doentes!

Ao contrário, porém, a lei vê apenas o crime e, brutal e matematicamente, aplica uma pena toda abstrata, sem se ocupar do criminoso.

Sabe-se, como já foi dito, que os modernos consideravam a questão da segurança conjugada à idéia da certeza matemática, à possibilidade do cálculo, excluindo qualquer juízo na aplicação da lei e das penas. Precisamos não de lógica, diz Saleilles, mas de resolver problemas práticos. Precisamos, sobretudo, porém, de convicções e de fé pessoal, concluindo, enfim, que a individualização da pena se daria em três níveis, quais sejam, o legal, o judicial e o administrativo, da fase de execução.

A citação de *L'individualisation de la Peine*, serve para mostrar o divisor de águas da História do Direito Penal. Antes, sob os auspícios da Escola Clássica de Beccaria, Bentham, e Feuerbach, que seguem o "Contrato Social" de Rousseau, funcionava estritamente o princípio sintetizado na fórmula pseudo-latina do "nulla poena sine legge" de Feuerbach, sendo que a pena, por ter que ser anterior e fixada em lei, deve ser fixada antes para cada delito e não pode variar. Exemplo disso é o *Códe Pénal*

16 Foucault, p. 95 e 104.

17 Franz von Liszt, *Tratado de direito penal*.

francês de 1791, onde a pena é fixada pela lei e o Juiz não pode mensurá-la.

Mas, qual é a razão disso? É que os oriundos da transição do "antigo regime", ou seja, do despotismo, estavam acostumados a ver no aplicador da lei o representante do déspota. O juiz natural das questões então era o monarca, que apenas delegava a função a magistrados de sua confiança, a qual, quebrada, fazia devolver ao rei a competência para o julgamento dos súditos. No sistema moderno, portanto, onde a pena já é, como diz Hegel, um direito já contido na ação delituosa, o direito penal passa a ser o anti-direito, ou seja, as normas do Direito Penal devem ser norteadas por um princípio defensivo do indivíduo. Não é sem razão que o Liberalismo colocava a liberdade como o direito máximo, expressada pelo direito de propriedade. Somente depois, como já dissemos, é que se descobriu a possibilidade do direito penal vir a ser defesa social, com as medidas de segurança.¹⁸

É natural, portanto, que se desconfie do juiz. O legislador desconfia do juiz e prefere fechar o seu campo de atuação para fazer prevalecer o que se chama, na Hermenêutica jurídica, de "vontade do legislador", como se a interpretação pudesse ser evitada.

A generalização legal, no entanto, mostrou-se insuficiente, não se podendo radicalizar o princípio do "nulla poena sine lege", pois a realidade espelhada no caso concreto está sempre a exigir do aplicador uma particular atenção, ou seja, está pedindo sempre uma particularização ou individualização, pois cada caso é um caso.

Por isso, na França, o *Códe Pénal* de 1810 acaba abrindo espaço para o juiz, fixando apenas as balizas de sua atuação, quais sejam, os limites mínimo e máximo da quantidade de pena.

Por outro lado, a falta de liberdade para o juiz julgar serve também para a manutenção da conveniência da lei.

É verdade que uma aspiração a um "direito livre" pede total liberdade ao magistrado que aplica a lei penal, mas em face da experiência histórica, isso não é possível. O caminho a seguir então é o da discricionariedade do juiz, que significa uma "certa liberdade, dentro de limites legais". O juiz pode escolher a espécie e a quantidade de pena, mas dentro do que a lei dispõe. O princípio da individualização é uma oposição radical ao princípio da codificação, pois como aplicar leis fixas a

18 Aníbal Bruno, *Direito penal*, p. 32-33.

indivíduos singulares? salienta Michel Foucault.¹⁹

Não significa que se torne incongruente com os códigos, quando estes, de alguma forma, se tornam mais flexíveis, para não quebrar.

Isso vem sendo seguido nas legislações ocidentais modernas,²⁰ como, inclusive, o nosso Código Penal atual. Nos seus artigos 59, 67 e 68, especialmente, encontram-se as três fases da individualização judicial da pena, e no artigo 60 se encontra o procedimento especial da fixação judicial da pena de multa.

Evidentemente, a lei penal tenta deixar fixada a ideologia que pretende ver norteadora da aplicação da pena, sendo que o nosso Código Penal, no mesmo artigo 59, já dispõe que a pena deve ser estabelecida pelo juiz, considerando as condições subjetivas do agente, as condições objetivas do fato cometido, e o comportamento da vítima, quanto baste para a "reprovação" e "prevenção" do crime.

Considera, pois, a pena, ainda nos moldes primitivos da simbologia do castigo, embora não mais acreditando que o ritual de um sacrifício expie de maneira mágica o delito cometido. Pretende demonstrar, através da pena, que a sociedade reprova a conduta criminosa, conduta esta previamente contida no seu catálogo de tipos.

Por outro lado, o legislador ainda caiu na tentação de entender a pena como instrumento de prevenção, ou seja, de repressão ao crime, seja a chamada repressão ou prevenção especial, de que o castigo para o indivíduo criminoso faz com que tenha receio de cometer novo delito, seja a generalizada, de que o castigo para o indivíduo serve de exemplo para os demais, que assim não cometerão crimes por medo de serem castigados. Aqui, a pena ainda é um mal, mas o Código esquece que se isso pode funcionar remotamente nos casos típicos de exceção,²¹ não funciona, como a prática o demonstra, diante da alta criminalidade característica das sociedades com alto índice de marginalidade, quando se faz sentir até mesmo um "direito marginal", com regras e valores próprios, diferentes do direito oficial. Michel Foucault se refere ao fato de que a diferença de classes entre os que fazem a lei e os que são destinatários da punição, certamente as classes mais baixas da sociedade, já demonstra historicamente que, de um lado, não há eficácia na lei

19 Foucault, p. 90/91.

20 O Código Penal brasileiro atual, nos seus artigos 59, 67 e 68, especialmente, encontram-se as três fases da individualização judicial da pena, e no artigo 60 encontra-se o procedimento especial da fixação judicial da pena de multa. Evidentemente, a lei penal tenta deixar fixada a ideologia que pretende ver norteadora da aplicação da pena, dispondo, no artigo 59, que a pena deve ser estabelecida pelo juiz, considerando as condições subjetivas do agente, as condições objetivas do fato e o comportamento da vítima, quanto baste para a *reprovação e prevenção* do crime.

21 Crimes de classes altas, como os de *colarinho branco*, sonegação fiscal etc.

penal, porque os pobres não entendem o linguajar técnico, para eles inadequado, do jurista e, por outro, na execução das penas de modo espetacular de antigamente, para torná-las públicas como exemplo, o povo podia acabar estando ao lado do criminoso, contra o despotismo do poder.²² Com efeito, esse tipo de criminalidade não é de fazer cálculos matemáticos – como depois faz o juiz – para saber se "vale a pena" ou não cometer o crime, ou seja, se o preço contido na lei representa um bom investimento cometer o crime, ou, como se diz, se "o crime compensa". É verdade que o princípio da retribuição tenta tornar mais amarga a experiência da pena do que o gozo do produto do crime, mas dada a característica muitas vezes de passionalidade da ação do delinqüente, assim como a própria técnica inacessível da jurídica penal, isso fracassa.

Evidente que a "prevenção especial" também não tem sentido lógico no caso da "pena de morte".

De qualquer modo, é preciso saber se as propostas do Código estão sendo realizadas. Parece que não. Caso contrário, não haveria necessidade de estudar alternativas, pois é só na crise – crise como momento de crítica – que se desenvolve criatividade. Aníbal Bruno já disse que "é a crítica que impede o isolamento do Direito como coisa definitivamente concluída e o restaura na continuidade da evolução, de que o Direito vigente é apenas um momento transitório".²³

Mas, o legalismo clássico também não havia percebido que se o juiz era o preposto do poder, a lei em si também o era. Ou, se percebeu, agiu com a intenção simplesmente de reservar para si o poder de selecionar condutas e penas, como já dissemos acima. Por isso, radicalizar a legalidade é cair num legalismo perigoso, onde a generalização pela lei se afasta da realidade, tornando-a inaplicável, por ser mera vontade do legislador, por ser mera ficção sonhada pelo legislador, com os defeitos de sua vaidade ou de seu interesse espúrio. No Brasil é conhecido o problema da "lei que não pega", o que os legalistas acham absurdo porque não entendem que é a realidade que determina as idéias e não ao contrário. A lei só "pega" se surge como expressão da realidade e por esta é exigida.²⁴

Portanto, nenhum dos dois sistemas é possível: a total liberdade do juiz e o total legalismo impeditivo da interpretação são simplismos que se devem evitar.

22 Foucault, p. 57 e 242/243.

23 Aníbal Bruno, *Direito Penal*, p. 32/33.

24 O fenômeno da *lei que não pega*.

Na verdade, além do problema da aplicação, temos que enfrentar o problema da substância que vai se fenomenalizar na interpretação, segundo a antiga fórmula que reza: "o juiz diz o direito".

Dessa maneira, retomando a preocupação de Saleilles pela individualização da pena, chegamos ao chamado Finalismo, sobretudo com Welzel, na Alemanha, que se baseia na filosofia de Honigswald e Nicolai Hartmann, dando-se maior importância à responsabilidade do indivíduo que comete crime.

Inobstante o Finalismo, a Escola Neo-Clássica já proclamava que a pena se funda na responsabilidade e esta se baseia na liberdade. A medida da liberdade é a intensidade do ato e, pois, da pena. Até aí, porém, as novidades se referem à época, quando o código francês de 1810, já referido, previu o sistema de responsabilidade presumida dos adultos, que era em bloco, ficta e abstrata, segundo os autores. Previa-se, no entanto, a irresponsabilidade do demente e a semi-responsabilidade. Von Liszt achava que essa teoria era imprecisa, pois todo criminoso, para ele, é irresponsável, crítica esta que não deixa de ser valiosa.²⁵

Finalismo, por sua vez, leva a responsabilidade para o campo da noção de reprovabilidade social do ato delituoso, que o delinqüente tem. Dessa forma, já não se pode confundir a culpabilidade com condição da ocorrência do delito, mas apenas em relação a punibilidade. Ou seja, o fato típico e antijurídico, previsto na lei e contra o direito, é o fato reprovado pela sociedade e sua ocorrência é a ocorrência de um crime. Entretanto, para a punição do agente não basta a ocorrência do fato típico e que tal se dê numa circunstância desacobertada de uma causa excludente da antijuridicidade, uma circunstância que o justifique. É preciso também que o agente tenha noção dessa reprovabilidade! O vexame do Direito Penal, nesse caso, é o de aplicar a medida de segurança para o inimputável, por razões diversas da que se aplica a pena, o que é ainda um instituto que se insere nos contornos do Direito Penal. Ora, o inimputável é aquele que não tem noção da natureza criminosa do seu ato, ou se o sabe, não pode se determinar conforme esse entendimento, por razões de ordem psíquica. Admite-se também a semi-imputabilidade, que é um estágio por assim dizer intermediário ou fronteiro, com nuances de fraqueza psíquica.

Se o agente não tem noção da reprovação do ato e a lei prevê a pena para a afirmação da reprovação, não faz sentido realmente aplicar-se pena a quem agiu de

²⁵ *Tratado*.

modo que não para desafiar a ordem social. Este não é destinatário do caráter conservador da ordem da aplicação da pena.

A culpabilidade, portanto, representa a interpretação de que o delinquente assim agiu cometendo um delito por afronta à lei penal. No conceito de culpabilidade não se insere simplesmente o dolo, que é a vontade livre e consciente de cometer o fato, porque se o inimputável não tem noção apenas da reprovabilidade, pode agir também livre e conscientemente. Só não o faz se sabendo do caráter penal do fato, não pode determinar-se de acordo com isso.

No caso, o conceito de culpabilidade é mais amplo, considerando que a ação humana tem sempre uma finalidade, que é, no caso, o cometimento do crime.

A antijuridicidade também se afere subjetivamente e não objetivamente, o que significa que em cada caso concreto se verá se aquele fato cometido, previsto como tipo penal, atingiu realmente o direito, ou seja, se foi mesmo antijurídico.

Aqui se inclui obviamente o conceito de crime não doloso, antes chamado "culposo" e que ora se prefere chamar de crime "negligente", justamente para diferenciar do antigo conceito de culpabilidade como pressuposto da definição de crime.²⁶ O crime negligente se caracteriza, em suma, pela negligência do dever de cuidado, ou seja, o resultado em si não é querido, mas essa negligência o é. A inobservância do cuidado objetivo pertence à conduta típica, como elemento normativo do tipo, a ser analisado diante do caso particular, aí se incluindo o agente, pessoa concreta, identificada dentro de um contexto determinado.

Se o agente age de modo a cometer o crime, mas não propriamente querendo cometer um crime, e sim o ato que, por coincidência, digamos assim, é previsto como crime, teria sua culpabilidade desferida. Segue congruente a crítica de Von Liszt, acima referida, de que todo criminoso, no fim das contas, é um irresponsável. Pois senão, completaríamos, não agiria como agiu. A consequência é clara: a verdadeira individualização da pena é não aplicar penas, pois todo ser humano é passível, pela sua própria natureza, de cometer crimes. Nessa análise, pedirei, oportunamente, o auxílio erudito de Paul Ricouer.

A Teoria Finalista se situa dentro das Escolas que vêem a pena sob um prisma de "justiça distributiva", ou seja, que entende que a pena justa não é a pena adequada ao crime, mas a que, na sua aplicação aos homens nas suas relações de uns com os outros, se acha em proporção com as respectivas responsabilidades. Fica a questão,

²⁶ Conferir Juarez Tavares, *Direito penal da negligência*.

no entanto, para muitos estudiosos: como se medir a responsabilidade? O crime pode ser semelhante, mas os criminosos diferentes, com responsabilidades diferentes, o que sugere apenamento diverso para cada um deles. Isso não seria um apenamento conforme a pessoa? Os autores apontam a "proibição", por princípio, do Direito Penal incriminar simples estados ou condições existenciais, como afirma Nilo Batista,²⁷ o que levaria, nas últimas conseqüências, a se excluir do campo do direito penal as medidas de segurança. Volta-se assim à questão: uma ética de princípios que em nome da liberdade objetiva tudo e na objetividade se esquece do próprio homem, subjetivo, ou uma ética de resultados que nada garante, em busca da solução dos problemas da sociedade? Sim, porque, a esta altura, só os problemas da sociedade são alvo da ciência do direito. O indivíduo, diante do direito penal, só tem um problema, o de escapar do mal da punição. Não se pode esquecer, porém, que a certeza propugnada pelos liberais não é suficiente. A plástica objetivística da lei, como dissemos, serve a muitos senhores. Se todos são iguais perante a lei, o rico deve sofrer pena mais leve, pois, diriam, é mais sensível que o pobre,²⁸ a fim de que ambos tenham o mesmo nível de sofrimento. Isto quando o rico é pego pela ira penal, já que suas condutas, quando típicas, se escondem numa sofisticação tal que a prova é difícil, advogando-lhe o princípio *in dubio pro reo*. Ao contrário, o pobre, no desesperado e nada bem planejado afã de agredir, acaba sendo preso em flagrante pelo primeiro policial e nada o ajuda, tudo é certeza contra ele.

Pode ser que as críticas de Welzel ao Existencialismo, noticiadas por F. Wieacker, por exemplo,²⁹ ofereçam pistas sobre sua concepção filosófica do homem e suas condutas. O que nos interessa, contudo, é buscar um equilíbrio entre o individual e o social,³⁰ para que o lado social do indivíduo e o aspecto individual na constituição da sociedade se estabilizem.

Gustav Radbruch³¹ acha que a solução está no estudo sobre "fim do direito" ou sua adequação a um fim, o que foge à concepção de "justiça" como algo em si, condenando a "pura lógica" das teorias da retribuição, antevendo uma tendência para um direito preventivo, algo mais inteligente e mais humano do que Direito Penal, ou como diz Wieacker, buscando-se reflexos de solidariedade social nas

27 *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*.

28 Conferir Rushe e Kirchheimer, p. 179, a respeito do comentário ao Código Bávaro de 1813, na sua Exposição de Motivos.

29 *História do direito privado moderno*.

30 Conferir *O contrato social*.

31 Cit, p. 313 e s.

relações intersubjetivas entre os sujeitos de direito. Voltando-se à questão da individualização da pena, antes de se punir, é preciso estudar a antropologia e a sociologia, atinando-se sempre para a condição política do homem, para se saber o que o Estado que pune dá antes ao cidadão punido. Deve-se partir sempre da seguinte pergunta: quem é o homem diante da sociedade? e se ver que cada indivíduo punido significa não uma vitória, mas antes uma derrota do Estado diante dos objetivos que se propõe.

NATUREZA DA PENA PARA OS NOSSOS TEMPOS

O problema da individualização da pena foi bem entendido pelo legislador atual, sendo que a Constituição de 1988 prescreve explicitamente que a lei deverá regular a individualização da pena, cujos exemplos possíveis e proibidos menciona no inciso XLVI, do art. 5º.

Mas o que é "individualizar", senão "particularizar"? E "particularizar" é usado, aqui, no sentido de aplicar algo geral, ou uma regra geral, para um caso particular, vale dizer, para um caso concreto. Para isso serão consideradas circunstâncias objetivas do fato e suas conseqüências, e circunstâncias também objetivas e subjetivas, pessoais, do indivíduo que comete o fato delituoso.

O Código Penal brasileiro de 1984, no seu art. 59, salientou que, obrigatoriamente, serão observados, para a individualização, os ítems "culpabilidade", ou seja, grau de noção da reprovação da conduta incriminada, "antecedentes", que é um dado objetivo sobre o passado do agente, a "conduta social", que dá o tom a respeito da sua maneira de agir e a "personalidade" do agente, além dos "motivos", "circunstâncias" e "conseqüências" do crime, não deixando de indicar também o "comportamento da vítima" como atenuador da responsabilidade do agente, sobretudo em crimes sexuais, conforme acentua a Exposição de Motivos (item 50).

O objetivo da lei é fazer com que a individualização judicial, em cima da individualização legal, previamente demarcadora de balizas, seja feita em vista da situação concreta apresentada, seja do fato em si, seja do seu autor. Isso será completado depois com a individualização "administrativa", cuja idéia surgiu com a chamada "escola penitenciária" (penitenciariista, diríamos), que fez ver a

necessidade de uma maior particularização da execução da pena conforme as condições pessoais e particulares de cada condenado. Como observa Foucault, há uma diferença entre a pena aplicada e sua execução. A aplicação da pena obedece aos princípios de direito penal, visando o crime em si, que quer reprovar, enquanto que a sua execução, função executiva e administrativa, não judicial, visa transformar o condenado, a fim de torná-lo útil para a sociedade, que procura fazer através da observação clínica do preso e seu adestramento disciplinar para torná-lo dócil.³²

Em síntese, a individualização busca aplicar a "pena adequada" ao caso concreto e àquela pessoa mesma que cometeu o delito, a qual terá atenção especial e particularizada à sua pessoa, na fase da execução dessa pena.

Isso significa que não pode haver pena generalizada, seja em relação a fatos ou a pessoas. A cada fato a lei prevê penas próprias, porém, mais do que isso, para aquele indivíduo concretamente identificado, o juiz deverá aplicar uma sanção. Assim, se a individualização da pena fosse perfeita, Jamais poderiam ser aplicadas as mesmas penas para mais de uma pessoa, pois cada "indivíduo" é "idêntico" somente a si mesmo. Esse é o sentido de "identidade". Jamais suscitaria a mesma resposta em dois indivíduos a mesma provocação. Esta pode ser a mesma, aquela será sempre individual.

Falando nisso, portanto, voltamos à definição de pena justa no sentido de "justiça distributiva", que é a pena adequada não ao crime, mas a que, na sua aplicação aos homens nas suas relações de uns com os outros, se acha em proporção com as respectivas responsabilidades. Do ponto de vista lógico, esse conceito satisfaz, porque o que é proporcional, a princípio, atende aos reclamos de equidade. Entretanto, resta aqui responder a uma segunda e crucial questão: o que estaria em "proporção" à culpabilidade? Paul Ricouer, num estudo muito interessante, já referido antes, e que se constitui num exercício de hermenêutica do mito da pena, intitulado "Interpretação do mito da pena",³³ pode dar uma inspiração.

Partindo da tentativa de determinar o núcleo racional da pena, procura Ricouer saber se há uma lei mais forte do que a lei da pena e pela qual o mito seria quebrado.

32 Foucault, p. 221 e 223. Por isso, não importa mais o crime, mas o criminosos, como pregava a Escola Italiana.

33 P. Ricouer, *O conflito das interpretações*, p. 354 e s.

Desenvolve, para isso, quatro aporias: a primeira aporia é a respeito da racionalidade da pena: "o crime merece castigo", por isso a pena deve fazer sofrer numa "equivalência" "presumida", que faz "sumir" a falta. A segunda aporia leva à noção de "sagrado", de cujo afastamento se constitui a "mancha", carente de "purificação" através da "expição".

Já na terceira aporia, enfoca-se o "sagrado jurídico", que faz cercar de um respeito religioso a ação judiciária. A racionalidade da pena, no entanto, leva ao conceito de pena como "direito" do culpado a uma pena proporcional ao crime e, conseqüentemente, a duas contradições: o mais racional da pena, que é "valer o crime", se contrapõe ao seu mais irracional, a "anulação do crime".

A quarta aporia de Ricouer, então, beneficia uma "teologia penal" que leva em conta um "pecado original" (e que seria, perguntamos, a prova da inimizabilidade natural do homem?), conceito esse que permite, por assim dizer, uma "juridicização do sagrado", onde a "graça" confirma a "pena".

Conclui que a lógica do "crime e castigo" é apenas jurídica e não moral, sendo que a "cólera de Deus" apenas explica o "perdão da misericórdia". Nesse sentido, o que é a pena? A pena, responde, é "o próprio pecado". Ou seja, a pena do pecado é o próprio pecado como pena. Dessa forma, a pena só serve para dar sentido ao perdão.

A conclusão de Ricouer vem de encontro à tese de que a pena, como preço de uma conduta, dá direito ao cometimento dessa conduta. É falsa a interpretação de que a lei penal proíbe a conduta tipificada, embora não diga "é proibido". Não! O que a lei penal diz é claramente: se for cometido tal modelo de conduta, a pena é esta. A lei penal é, assim, um "catálogo de preços" da conduta. E pode ser que os preços ali contidos "valham a pena", ou não. O que ocorre, na verdade, é que a grande maioria dos delitos se classificam como delitos de ocasião e para estes o Direito Penal como "catálogo de preços" não inibe e nem quer inibir. O caráter repressivo do Direito Penal não passa de ilusão. Tanto assim que jamais se poderá dizer diversamente de Von Liszt,³⁴ para o qual o Direito Penal chega sempre atrasado. Isso é verdade: só se fala em pena após o cometimento de um delito, não sendo possível, portanto, a prevenção especial, ou seja, em relação ao indivíduo, antes de que cometa a conduta. Meros "atos preparatórios" não são puníveis, salvo se constituindo-se conduta típica por si mesmos, quando a punição se dá por isso

34 Conferir Francisco de Assis Toledo, *princípios básicos de direito penal*, p. 22.

mesmo e não por ser preparatório de outro ato.

Em relação aos demais, numa prevenção geral, o exemplo da pena também é inócuo, pois só reforça uma autoridade da lei para quem realmente não a desafiaria. Em suma, a lei penal é feita para quem não a obedece, e para quem a observa, não é necessária, pois só é invocável depois de violada. Remanesce então o conceito de pena como símbolo de reconstituição do "status quo ante", em consonância com o vocábulo alemão *verbrechen* correspondente a crime e que significa literalmente "quebrar a paz". Por isso a dúvida, inclusive de v. Liszt, quanto à origem da pena na vingança. Temos que essa característica foi incorporada à pena depois, após se observar que a expiação imposta pela religião poderia ser "utilizada" enquanto mal, para a vingança, primeiro privada e depois pública.

Esse sentimento retributivo de vingança, no entanto, muito próximo do de "justiça retributiva" do princípio "crime e castigo", permanece forte no sentimento de pena.

Trata-se de um sentimento religioso, mas de uma religião primitiva, de sacrifícios sobre pedra a uma divindade que prefere sangue. Como acentuou Ricouer, isso se perde quando se trata de uma religião na qual o próprio Deus se sacrificou.

O sacrifício da cruz representou a pena última, instaurando o amor, pois se a lei mata, o espírito, vale dizer, o amor, vivifica. Contrapõe-se o Novo Testamento ao Antigo. A questão agora é saber quem tem a competência (no sentido jurídico, inclusive), para "atirar a primeira pedra", isto é, aplicar pena.³⁵

O problema é que a utopia do perdão continua sem lugar, continua utopia. Se saber perdoar é uma virtude, maior virtude é saber ser perdoado.

Se a inimizabilidade do ser humano, demonstrada pelo "pecado original", ou seja, pelo pecado com o qual se nasce, é nato ou natural, leva a uma individualização da pena que a aniquila.

Porém, se na fraqueza é que a força se manifesta, como diz São Paulo, é preciso saber ser perdoado para se reintegrar no cosmo do sagrado, para se "religar". A leitura de Paul Ricouer leva à conclusão, embora não seja a sua preocupação, de que se deve "dessacralizar" o Direito Penal, por algo mais prático, sem cair, evidentemente no seu manuseio pelo Poder.

O que é "dessacralizar" o Direito Penal senão acabar com essa idéia dos

35 Lucas 23, 1-49.

modernos, que tanto refutaram a religião, de pena como símbolo de reprovação? Evidentemente que essa idéia de pena serve de sinal, inclusive, para a comunicação, no sentido wittgensteiniano de linguagem cujo aprendizado se dá por "adestramento". Esse conceito, por si mesmo, no entanto, serve de instrumento à condução dos súditos, pelo Poder.

A tese do adestramento para a "mansidão" é também elaborada por Michel Foucault em *Vigiar e punir*, para o qual, o adestramento se dá pela disciplina da prisão, sendo que a disciplina invadiu o direito penal, ignorando seus princípios, mas a cujo objetivo de "reeducação" o direito penal vem agradecer, pois assim encontra para si um escopo mais "humanizado".³⁶

Mas talvez a pena como símbolo não deva ou não possa ser de todo expelida. Irá acompanhar sempre a idéia de resposta à conduta incriminada uma série de nuances, das quais algumas dizem respeito a uma "ética de princípios" e outra, no entanto, a uma "ética de resultados".

Para os dias de hoje, ainda não se pode ousar algo mais que um sistema de respostas a condutas delituosas. Essas respostas, sim, é que devem ser efetivamente praticadas.

Ora, a individualização da pena, levada às últimas conseqüências, no sentido finalista da ação criminosa, exigiria uma resposta verdadeira a essa conduta.

Não só uma resposta lógica, não só uma resposta "correta", mas uma satisfação real à provocação do crime e que, para tanto, deveria supor a história individual de cada agente de crime, sobretudo as condições que tinha de não ter agido assim. Na verdade, afora os casos de "vingança" por parte de pessoas determinadas, o que o Direito Penal visa hoje é a pessoa perigosa.

Esse conceito, porém, não é conseqüência automática do cometimento do delito, mas deve ser aferido em relação a cada pessoa, em cada caso. A verificação será surpreendente: em relação a alguns, o rigor formalmente instalado é excessivo, mas em relação a outros, a pena não basta, sendo caso, não só de "reprovação" da conduta, mas de verdadeira defesa da sociedade, devendo-se tomar medida dirigida para o futuro. A defesa legal da sociedade contra o indivíduo perigoso pode parecer uma idéia terrível, mas evita, sem dúvida, as medidas ilegais e clandestinas. Ainda aqui a despenalização total encontra dificuldade, como o reconhece, dentre

36 Foucault, p. 153, 195, 198/199 e 227.

outros, Zaffaroni.³⁷

Foucault se refere a antigas citações, segundo as quais, a execução da pena não pode ser individualizada a partir do crime, mas sim do indivíduo que comete crime, assim como não deve ser determinada a pena só pela natureza da infração: "Os contraventores são em geral os mais viciosos. Entre os criminosos, encontram-se muitos homens que sucumbiram à violência de suas paixões e às necessidades de uma família numerosa. O comportamento dos criminosos é bem melhor que o dos contraventores; os primeiros são mais submissos, mais laboriosos que os últimos, que são em geral ladinos, devassos, preguiçosos."³⁸

Por óbvio, não se trata de fazer "justiça", pois, como se disse acima, o saber perdoar implica no saber ser perdoado.

Ainda que um indivíduo não mereça a pena por causa de sua irrazoabilidade provocada pelas próprias circunstâncias da vida, não se justifica, de outra forma, a sua conduta diante de possíveis vítimas.

Via de regra, aliás, tal indivíduo irá fazer vítimas as pessoas próximas, sendo de interesse das próprias pessoas de sua condição social a defesa dos seus ataques.

Seria interessante notar que os delitos praticados contra determinados tipos de pessoas, com características físicas, intelectuais, sociais e econômicas, levam a determinadas análises dos casos. É como se não só a conduta da vítima, mas a própria vítima tivesse que ser julgada juntamente com o delinqüente para aferir-se, pelas conseqüências do fato, a pena a ser fixada.

Será sempre oportuno lembrar a citação feita por G. Rusche e O. Kirchheimer³⁹ da sentença de um juiz de Auxerre em 1811, discutindo a pena para um caso de violência carnal: "Eu sou pelo mínimo da pena, porque devemos considerar que a vítima é uma empregada rural; se nos ocupássemos de uma jovem de elevado nível social, se se tratasse de minha filha ou da vossa, haveria optado pelo máximo. Mas eu creio que seja importante marcar a distinção entre a melhor sociedade e a gente comum."

Essa mentalidade corresponde àquela de que, para manter a "igualdade" de todos perante a lei, deve-se apenar o rico com penas mais leves, porque este é mais

37 Conferir a conclusão de Zaffaroni, p. 280/281.

38 Foucault, p. 218. E acrescenta, na nota 45, da p. 272: In *Gazette des tribunaux*. Cf. também Marquet-Wasselot, "La ville du refuge, 1832, p. 74-76. Ch. Lucas anota que os contraventores "são geralmente recrutados nas populações urbanas" e "as moralidades reclusionárias provém geralmente das populações agrícolas". *De réforme des prisons*, vol. I, 1836, p. 46-50.

39 Cit., p. 175.

sensível à punição do que o pobre, que é feito como forma de "compensação", segundo o comentário oficial é uma espécie de "exposição de motivos", do código bávaro de 1813.⁴⁰

Hoje ainda se pensa assim, ainda que não com a explicitação do referido magistrado. Os crimes de que são vítimas as classes mais pobres, e que se constituem na maioria dos casos oficiais, não chocam tanto quanto os crimes sofridos pelas classes mais "civilizadas", de nível social mais sofisticado. O pobre, com efeito, já está acostumado ao submundo, tendo pouco ou nada de patrimonial para perder, assim como uma moça de família de melhor nível social sofreria mais a ação de um ataque de ordem sexual do que uma favelada, cujo meio em que vive já é mais rudimentar.

É verdade que entre os pobres a capacidade de assimilação das coisas parece maior, mesmo pela maior gama de exposição ao arbítrio de toda forma, do qual está sempre mais poupado aquele que vive em melhores condições. Esquece-se, no entanto, que não se pode absolutizar essas circunstâncias e que, proporcionalmente, cada um sofre como ninguém, no âmbito do seu particular modo de ser, as arbitrariedades de uma ação criminosa. Um mero rádio de pilhas, por exemplo, que deve ter custado para o pobre o mesmo tempo de trabalho que custou para um rico a aquisição de um automóvel novo, significa a mesma perda para ambos, no caso de uma subtração. Assim também a dignidade da liberdade sexual para uma empregada doméstica assediada pelo patrão talvez seja a mesma da patroa atacada por um maníaco. Daí a dificuldade de se entender "pequenas causas" apenas pelo seu preço.

Mas, se o direito penal, historicamente visou o pobre, e se constata sociologicamente que a criminalidade afeta diretamente sobretudo o pobre, como abordar o direito penal do ponto de vista ideológico? É a mesma pergunta que faz Alan Stone, observando que direito penal obedece a forma do próprio negócio capitalista, de satisfação em forma de alto preço (a pena severa), em tempo ou dinheiro, que pague os custos do crime.⁴¹

Ora, em relação ao criminoso que cometeu o delito contra vítima de melhor nível social, afigura-se ainda a pena como a antiga vindita, mas em relação ao criminoso

40 Rusche e Kirchheimer, p. 179.

41 Alan Stone, The place of law in the marxian structure-superstructure archetype, em *Law & Society Review*, Denver, 19 (1), 1985, p. 39-67.

que vitimou um pobre, o interesse que movimenta o ideal da pena é a manutenção da ordem pública, graças à qual o Estado se mantém incólume. Se o Estado não cumpre o seu papel, a "justiça pelas próprias mãos" ameaçará o seu monopólio sobre a violência, o que equivale à sua própria soberania. O Estado, como soberano, encara os cidadãos como súditos, aos quais nada deve, mas que, por precaução, faz valer a sua autoridade como auto-mantenção. Ainda aqui, no entanto, a pena não tem sido razoável em relação aos fins a que se propõe. Uma verdadeira individualização da pena a compromete.

CONSIDERAÇÕES SOBRE ECONOMIA PENAL

Salientamos que o direito positivo penal é, na verdade, o torto, pois contempla o que não se aprova. O direito positivo, outrossim, não tem o cuidado de guardar a "justiça", mas preserva a conveniência que o rege, a qual varia conforme a realidade que o inspira, seja a conveniência de um, o déspota ou o Estado e muitas vezes o Estado encarnado no déspota que diz "o Estado sou eu", ou a conveniência social, a de todos ou ao menos da suposta maioria.

Nesse sentido, em não se "pre-ocupar", em não se guiar por um "pre-conceito" de justiça, o direito positivo melhor seria designado por "Economia". O termo "economia" significa aqui "regras" de administração da casa, a qual casa é entendida como o "mundo" em que vivemos, a sociedade. Portanto, o direito não vem por si só, como realização do "Justo", mas é meio. Quer dizer que, partindo de um "prévio conceito" de conveniência, tornando-se "eco-nomia", o direito positivo é sempre teleológico. Serve a um fim fora de si. O Direito tem Senhor!

Mas, se "Direito" é "justo" por sua própria "natu-reza", por sua própria essência, por sua própria razão primeira de nascer, seria preferível que às leis feitas, as quais trazem no seu bojo as ideologias e interesses de quem as fez, e não são, por isso, universais e atemporais, seria melhor que se as chamasse "eco-nomia". Assim, não cabe ao Juiz hodierno "dizer o Direito", mas "aplicar a lei".

Evidentemente que isso traz problemas. Já sabemos que o liberalismo fez questão de fincar princípios fortemente, estabelecendo uma "ética de princípios" rígida, proibindo portanto uma "ética de resultados", visava teleguiar o juiz. O magistrado, é verdade, vinha de uma condição pré-moderna de delegado do poder.

Julgava em nome do monarca, dada a impossibilidade material deste Julgar tudo o que era preciso. O rei não abria mão, porém, de ser o único magistrado. Quando lhe aprouvia, esse poder de julgar lhe era "devolvido" em face de um recurso, razão pela qual se mantém ainda hoje, no nosso palavreado processual o termo "efeito devolutivo do recurso", que, entretanto, hoje, não passa do fato de enviar-se o caso para novo julgamento, por uma instância superior. O juiz não é mais delegado do rei, mas mantém-se atrelado, por uma "hermenêutica de procedimentos", a alguma forma de poder. Se a lei, para os modernos, é a "vontade geral", absurdo seria decidir contra a lei, inclusive porque a lei é também a vontade individual "pré-estabelecida".

No campo penal, resolveu-se por isso, para evitar a arbitrariedade que não a da lei, instituir-se o forte princípio do *nulla poena sine lege*, que inclui também o *nullun crime sine lege*, ou seja, "não há crime, nem pena, que não sejam previstos em lei", lei esta anterior à conduta que tipifica.

Embora "princípio", ou seja, aquilo que guia desde o aparecimento, porque os modernos entendiam que o direito era "natu-ral" e a lei apenas o declarava ou declarava, no caso do direito penal, o que não era o direito, acontecia muitas vezes de não ser bem assim. O princípio, então, era mitigado senão destruído pela força da realidade sociológica, contrapondo-se um "sociologismo jurídico" a um "normativismo jurídico". No caso do "princípio dos princípios" do direito penal, tratou-se de mitigá-lo, quando já no "Código Pénal" francês de 1810, modificando o de 1791, mais rígido, acabou por prever penas mínimas e máximas, dando uma pequena margem de discricionariedade ao juiz. Isso acontecia porque o clamor por uma "justiça", ainda que lógica, na aplicação das reprimendas, fez ver que não se podia deixar de buscar uma "individualização" da pena.⁴² Hoje novamente se demonstra uma tendência preguiçosa para a generalização da pena pelo mínimo previsto na lei, com flagrante desproporção diante do caso e da pessoa em concreto. Talvez porque já se entenda que a pena não cumpre seus escopos e, por isso mesmo, ainda que mínima, já alta demais.

Como a liberdade total do juiz também não era possível, pois o descrédito em relação à capacidade de "dizer o que é Justo" não permitia a ingênua crença num "juiz sacerdote", ou num juiz verdadeiro hermeneuta, enviado dos deuses para interpretar os mistérios do cosmo e assim dizer o que é, o "ser", como deve ser, um

42 Conferir Saleilles, cit.

"dever-ser", a saída foi a mitigação do inicialmente rígido princípio normativista da legalidade. A saída foi a "individualização da pena".

Uma saída estreita, é verdade, pois a questão se coloca na própria investigação da natureza da pena e, por conseqüência, na crítica da instituição da "individualização".

Uma constatação a partir de Ricoeur⁴³ é que a verdadeira individualização da pena é perdão. Ora, se o homem é determinado estruturalisticamente falando, seja por determinismos genéticos, biológicos, naturais, seja por determinismos sociais e políticos, e seja ainda por um "determinismo" da liberdade, numa visão teológico-cristã, jamais será responsável pelos seus atos, como lembra von Liszt. A pedagogia do Evangelho é o perdão, pois só pode atirar pedra (era uma espécie de pena) quem não merece também ser apedrejado.

Como fica a sociedade diante do indivíduo e o indivíduo diante da sociedade? Qual o limite do poder dos demais sobre um e destes vários "uns" que são um misto de si mesmo e uma parte do todo, um indivíduo? A lei, segundo os contratualistas, é expressão da vontade geral e assim de cada um. Mas é a lei que, feita por todos e assim por cada um, que se dirige contra o indivíduo na sua parte idêntica a si mesmo. Ser social é renunciar, kantianamente, na medida em que sacrifico um pouco da minha liberdade para não sacrificá-la toda. Mas isso se volta contra o eu, pois liberdade é algo que não se mensura. A co-existência das liberdades de acordo com uma lei universal de liberdades sugere riscos.

Aqui, o conceito heideggeriano de "autenticidade" fica relegado a utopia. Ser "autêntico", na linha de Heidegger, é ser o que se é, ou, diríamos, é "sendo" (ente), tornarmo-nos o que devemos ser, realizando nossa identidade. Só posso ser "idêntico" a o eu mesmo. Esta é a minha identidade: eu mesmo. E o "não-eu", o outro, à semelhança do "nada" diante do "Ser", também sou eu enquanto me faz "diferente", me possibilita, na diversidade, a identificação, a identidade. "Sou igual a mim mesmo porque não sou igual ao outro".

Entretanto, a partir do momento em que me encontro atirado num mundo "preexistente", num mundo social, "num mundo da vida" de Habermas,⁴⁴ já respondo por meus atos.

43 *O conflito das interpretações*, p. 345 e s.

44 Sobre o mundo da vida, o *lebenswelt*, conceituado por Habermas a partir de Husserl, conferir *teoria dell'agire comunicativo*, p. 697 e s.

A questão, que parece por "demais" filosófica e distante do tema "direito penal", foi encarada por Welzel, um dos sintetizadores do "Finalismo", criticado nas nuances finalistas do "neo-classicismo" da pena fundada na responsabilidade, por von Liszt, como acima referimos. A referência da crítica de Welzel ao "Existencialismo" é feita por Wieacker.⁴⁵ Não interessa particularmente essa crítica e nem a que "existencialismo" se dirige, mas sim demonstrar que o tema da "antropologia filosófica" é crucial no estudo da pena, já que a conduta e sua repreensão ou repressão constituem-se numa questão humana.

Voltando então à verdadeira individualização da pena, concluímos que já que não se atirou pedra alguma, no episódio do Evangelho, quando, um por um, todos se retiraram do palco de julgamento, isso significa não apenas, mas perdoar.

E como fica a vida social, onde tantas barbaridades ocorrem? Onde se erguem muros e não pontes, e se cultivam apenas a comunicação em vez da comunhão? A comunicação é, a despeito de necessária, e por isso mesmo, a falha da comunhão. A capacidade de perdoar supõe a comunhão. Esta é o Amor, invés do "ego-ísmo", a supremacia do "eu", que indica a premência da lei para, obrigando e freando o "ego", possibilitar a vida em sociedade. Isso foi objeto do estudo de Freud, que descreveu bem na sua "meta-hermenêutica", a contradição da supremacia do ego e da censura do alter, o outro. No mundo jurídico, como se disse acima, o "outro" somos todos nós enquanto não "eu", mas sociedade. A lei é feita inclusive por mim como parte do todo social, mas é contra mim como "eu mesmo". Os vários "eu", por questão de conveniência, ou seja, por necessidade de sobrevivência, e aqui, portanto, o sentido de economia como fonte do direito, levando o direito, por sua vez, a ser também uma "economia", se esforçam para "con-viver", numa renúncia à liberdade absoluta para possibilitar a renúncia da liberdade absoluta do outro e assim poder exercer cada um a sua liberdade.

Fora disso é a "guerra total de todos contra todos", a "anarquia" ou "caos" que preocupou Hobbes.⁴⁶ A vida social, o direito, é o "cosmo", a harmonia, o "governo" (aqui em antítese a "an-arquia", não governo). Por isso, comunicar é tornar comum, ou seja, converter os "vários" ("eu") em "um" todo. Em outras palavras, é ainda aqui e não só na visão heideggeriana de metafísica -, "amarrar os gravetos vários em um feixe só". Como o juiz romano, que procurava "re-unir" em feixes, como o

⁴⁵ *História do direito privado moderno.*

⁴⁶ Quanto a pena como sinônimo de guerra, em Tobias Barreto, cf. Zaffaroni, p. 222.

significado de "noumos" para os gregos, que era aquilo que, como um "espírito", unia a todos. A diferença é que para os antigos, se tratava de um "re-unir", ou seja, unir que se separou, "comunhão, enquanto que para os modernos, era apenas um "unir", que significa que nunca esteve unido. Era uma "união" forçada sob vara. O feixe que se amarra.⁴⁷ A questão, em direito penal, é saber se o Homem é, por natureza, como pensou Hobbes, um ser mal, "ego-ísta", e que precisa, portanto, de ser mantido social na marra, feito gravetos num feixe,⁴⁸ amarrado, ou, se em lugar da "comunicação", uma teologia de perdão o salve da necessidade dos binômios "crime e castigo", "vigiar e punir" etc.

Distinguimos duas coisas: o que o homem é, onde se incluiu a possibilidade de se tornar, e o que ele se torna efetivamente. A princípio, "deve ser aquilo que é" mas o homem moderno, colocando-se no centro da história, senhor da situação, num Humanismo exacerbado de super-homem, se faz diverso do que é. Numa contradição, "faz-se o que não é", "torna-se", "é o que não é", dialeticamente. E diversifica o "ser" do "dever-ser". Perde-se na inautenticidade. Prescreve-se a si mesmo ordens, imperativos categóricos, impõe-se "camisas de força" de cujas formas se torna escravo, na tentativa de se libertar.⁴⁹

Qualquer pessoa sabe disso, mas os pensadores do direito e da filosofia como um todo, de modo geral, ainda não perceberam que o antigo lema é o que vale: "a letra (da lei) mata, o espírito é que vivifica"!

Nesse clima, podemos nos dividir: o que "está sendo" e o que "deve ser". O que "deve ser" é o que "é", mas o que está sendo se coaduna com a "escravidão da liberdade". Uma ponderação ao gosto do jurista nos ensina então: "perdoar" é uma virtude, mas "saber ser perdoado" é mais ainda.

A análise da vida nos leva à conclusão de que, numa crença otimista do homem, só cabe perdoar, mas a ponderação, a prudência, a sabedoria, nos deixam perplexos: Hobbes não era tão louco assim; os homens de que falava eram os homens sem "boa vontade", aos quais não vir a paz. No lugar da "comunhão" da paz, para a "conveniência" da sobrevivência, deve-se erigir como "regra" de "comunicação" o direito positivo penal, ou, como preferimos, "Economia Penal", para não confundir com "justiça", embora o termo "Penal" também particularize o

47 Evidentemente, o feixe de gravetos simboliza o ser social.

48 A propósito, Heidegger, *Introdução à metafísica*.

49 Habermas, *Pensamiento pósmetafísico*, p. 102.

tema, quando sabemos que só de penas não se trate e nem deve mais tratar.

Pois bem, ficou demonstrado que a administração da vida pública, que é feita pelo direito positivo, no caso do direito penal, pelo menos, perde o caráter de "justiça" para abraçar o caráter de procedimento. As leis positivas são, portanto, procedimentos lógicos através dos quais se estabelece uma gama de normas de conduta para a convivência dentro do "mundo da vida".

O agir comunicativo, conforme teorizado por Habermas,⁵⁰ se faz exclusivamente na vida social, através da confecção clara de normas (regras de comunicação), que se reforçam pela coação propiciada, segundo ele, pelo Direito, que tem a função de integração social, a lado da escola (função de reprodução cultural) e da família (função de socialização).⁵¹

Evidentemente, Habermas descarta a possibilidade de uma ontologia que supõe um direito natural, assim como não se fia na idéia dos modernos a respeito de uma "natureza das coisas".

Vê o homem tragicamente jogado num "si mesmo" sem fundamento algum, vale dizer, sem princípios naturais a conservar, restando-lhe, para sobrevivência, ou apelar cegamente para a religião, ou, melhor ainda, fundar uma ação discursiva, na qual, ao invés de simplesmente fazer, garante um esclarecimento "ad hoc" para cada ação, sendo esta já uma ação, a ação comunicativa. Tais regras, portanto, a despeito de sua coercibilidade, não representam qualquer coisa além de si mesmas tal como "justiça", mas estabelecem apenas procedimentos de reiteração ou integração social.

O objetivo pragmático é patente, possibilitando Habermas construir o que acredita ser um pensamento pós moderno, ou seja, ultrapassando as descobertas do primeiro Iluminismo, que já havia deixado para trás a ontologia, e agora rumo em direção ao que realmente sobra: a formação de razões através da comunicação situada "ad hoc", para se possibilitar a vida social. É o Contratualismo ainda uma vez mais.⁵²

Encarando assim o direito, e deixando de lado, portanto, a idéia de "justiça", não nos alongamos tanto do pensamento moderno e até mesmo do pensamento imediatamente anterior, que entendia o direito penal como instrumento. Se a idéia

50 Habermas, *Teoria e praxis*, p. 73.

51 Rousseau, *O contrato social*, Livro I, cap. 1.

52 Idem.

de "justiça" leva a uma concepção da coisa por si mesma, o entendimento de direito como instrumento importa numa concepção teleológica, que não há por si mesma, mas em função de uma tarefa. A tese de Habermas vem esclarecer esse entendimento segundo o qual o direito é procedimento e é útil para nos alertar a respeito dos seus perigos, ensinando-nos como agir para praticá-lo, seja na fase nomogenética, seja na fase hermenêutica.

Efetivamente, portanto, na medida em que o direito é "procedimento", não tem um fim em si mesmo, mas age em função de uma tarefa, melhor se adapta à idéia de "economia", ou seja, de normas procedimentais de administração da vida pública, onde justo será apenas o que convém para o bom andamento do processo de esclarecimento e ação conforme as normas.⁵³ A formalidade é essencial, ao passo que a coação, de cujo princípio advém a punição como "adestramento" para aprendizagem dos símbolos lingüísticos é a maior contribuição que o direito, sobretudo o direito penal, pode trazer.⁵⁴

Em suma, parafraseando o título de Gadamer, na disputa entre "verdade e método",⁵⁵ se verdade no seu significado ontológico se desdobra em justiça, Habermas fica com o método, que significa apenas o correto, o formalmente correto.

A briga ideológica aqui se dá entre o idealismo jurídico (normativismo) e o realismo sociológico da sociologia construtivista.

É por isso que Michel Foucault cita que uma das justificações do direito penal, o direito de punir, é a "prevenção", pois se pune para o futuro, ou seja, como ação de resultados e, portanto, o último dos crimes só pode ficar sem punição.⁵⁶ Essa citação é contra o idealismo representado por Kant e ora seguido pelos neo-kantianos e neopositivistas lógicos, pois Kant entendia bem ao contrário, que caso uma civilização toda se extinguisse, o último crime cometido, ainda assim, deveria ser punido. É uma razão pura, que encontra em si mesma, nos próprios fundamentos de sua essência, a sua razão de ser.

53 Cit.

54 Wittgenstein.

55 Gadamer, *Verité et méthode*.

56 Foucault, p. 85.

GRAMÁTICA E SANÇÃO

GRAMÁTICA E SANÇÃO

O Direito Penal não é assunto de interesse apenas jurídico. Como normas de comportamento, atinentes ao Direito Público, estabelece deveres do cidadão para com o Estado e, portanto, guarda interesse político.

Na medida em que o direito penal trata de regras atinentes ao comportamento, pode-se dizer que possui em si uma gramática.

É verdade que o direito penal visa, no final de tudo, aplicar uma *pena*, definida esta como um *mal* que retribui outro mal, o delito. Por isso, toda lei que visa aplicar uma pena como reprimenda em busca da conservação de princípios (objeto jurídico, valor), é lei penal.

Por sua vez, o verbete *gramática* do *Aurélio Eletrônico* traz a seguinte observação quanto à etimologia: do gr. *grammatiké* (subentende-se *techne*), 'arte da gramática', pelo lat. *grammatica* (grifamos).

Temos também:

1. Estudo ou tratado dos fatos da linguagem, falada e escrita, e das *leis* naturais que a regulam.

2. Livro onde se expõem as *regras* da linguagem.

Além disso, há a chamada *gramática estrutural*, que é "Teoria lingüística baseada nos princípios do *estruturalismo*" e a chamada "*gramática normativa*", que é "aquela que prescreve as *normas* do bem falar e escrever; gramática prescritiva".

Portanto, a gramática, como técnica, refere-se também a regras de comportamento, ainda que um comportamento restrito a dois verbos: falar e escrever, ao passo que o direito penal se refere a regras mais gerais de comportamento, inclusive o de falar e escrever, mas que têm conotação de ilicitude jurídica, ou seja, são condutas "antijurídicas".

Na sua essência, tratam ambas as técnicas, de tentativa, por meio de regras, de ditar o comportamento, baseadas em princípios de civilização. E não há regras se não há, de alguma forma, uma sanção pela sua inobservância.

Portanto, se a gramática tem uma natureza "jurídica" relativa a regras e, trabalha com "sanção", o direito penal tem a sua gramática dentro de um agir comunicativo mais amplo.

SANÇÕES NO DIREITO PENAL E NA GRAMÁTICA

É interessante notar que o direito penal, que não é "direito criminal",⁵⁷ traz, como essência, a imposição de uma pena, em face de uma conduta, ativa ou omissiva, que atinja um bem juridicamente tutelado, o chamado *valor*, ou *objeto jurídico*.

Essa pena criminal, no direito moderno, deve ser prevista em lei, como cominação a uma conduta previamente descrita, o chamado *tipo legal*.⁵⁸ Trata-se do princípio da legalidade e da anterioridade, que faz prever, pelo legislador, as condutas e punições para os autores destas, visando conservar intacto o ordenamento jurídico.

Já no caso da gramática, não há um princípio que faça prever os "erros" gramaticais dos que falam e escrevem, e nem há uma punição prevista em lei ou em quaisquer regras. O que há em gramática é uma tradição de "língua culta", que se torna padrão de correção, sendo "delito" a inobservância dessas normas de costume, erigidas ao dogma pela tradição de costumes de um determinado círculo social. Afinal, a língua é um instrumento – e não fim em si mesmo! – de comunicação. A sanção, portanto, será a não-comunicação, ou a "incomunicabilidade" do pensamento.

Esta, contudo, é uma "sanção natural", de cunho prático, pois o uso inadequado de um instrumento, a linguagem, leva a uma frustração que é, no caso, o não fazer-se entender por negligência das regras – signos – de comunicação.

Quando, no entanto, mesmo sem se usar as regras de um determinado círculo – culto ou popular – , se consegue comunicar, há, ainda, uma pena, de caráter penal, isto é, de conservação de determinados princípios, impostos por uma tradição à outra, meramente como forma de poder. É, por exemplo, entender o que o caipira diz, mas observar que ele "fala errado"...

Falar errado ou falar corretamente é uma questão, portanto, de tradição ou de costume. Quer dizer, é uma questão de meio social isolado pelo conceito prévio e acordado a respeito do que é "certo" e do que é "errado".⁵⁹

57 Idem, p. 46.

58 Idem, p. 85.

59 Idem.

A sanção, contudo, é exatamente o expurgo, o isolamento, o exílio, como "estrangeiro" que não fala a mesma língua. Corresponde, em direito penal, a uma pena perturbadora, a *perda da paz*, que era, no direito das Ordenações, a expulsão da própria terra.

A língua, que é a "pátria",⁶⁰ é a terra, o chão, a cultura, o mundo⁶¹. E dela pode-se ser expulso ou tratado como estrangeiro, quando predomina um padrão que não é o daquele que está falando.

É através da sanção, na base do "ensaio/erro", que Wittgenstein elabora a sua teoria lingüística como "adestramento", de cunho "positivista lógico".⁶²

CONDUTAS TÍPICAS NO DIREITO PENAL E NA GRAMÁTICA

Se o direito penal tem por princípio a previsão objetiva de condutas que considera ilícitas, assim como as respectivas penas, a gramática não se preocupa com isso, pelo menos de forma tão drástica.

Ambos, porém, têm em comum a prévia seleção de destinatários de suas regras.

O direito penal, a partir do axioma de Feuerbach, escrito em latim, mas do período moderno, "*nullum crimen, nulla poena sine lege*",⁶³ acatado por todas as legislações modernas, permite a certeza do cidadão a respeito das condutas consideradas ilícitas e quais as penas correspondentes ao seu cometimento.

Mas essa prévia descrição legal tem também o sentido de se prever condutas que apenas determinada classe social irá cometer,⁶⁴ bem como selecionar-se a complexidade ou não da conduta, de modo que, mesmo que haja condutas passíveis de serem cometidas pela classe que legisla, de tão complexas, certamente não se poderá perseguir-las efetivamente. Se assim mesmo se conseguir perseguir criminalmente, de maneira que não se justifique a inércia das autoridades responsáveis, a pena cominada poderá ser também um fator de impunidade, por ser pequena – e prescrever logo – ou ser "indolor" como a pena de multa, por exemplo.

60 Fernando Pessoa.

61 Na *teoria do agir comunicativo*, Habermas trabalha com o conceito de *lebenswelt*, mundo da vida, que é o pano de fundo cultural do entendimento.

62 Pode-se fazer um paralelo entre a teoria lingüística de Wittgenstein e o direito penal moderno.

63 Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

64 Foucault, *Vigiar e punir*.

Já na gramática, dogmatizam-se os "erros gramaticais" também a partir de uma elite, a que fala bem, a que escreve cultamente e assim, evidentemente, atinge-se apenas *os outros*.

Por fim, direito penal também é escrito (ou dito) e nisso se junta explicitamente à gramática culta, para prever condutas (tipos penais) com palavras e regras gramaticais que não são "entendíveis" para muitos dos seus destinatários. Um "estuprador", por exemplo, talvez ache que tenha cometido um "*estrupe*". Além do crime, cometeu um erro gramatical. Além da pena cominada na lei penal, será tido como o autor de uma "asnice". E se tivesse frequentado escola, talvez não fosse estuprador, talvez não falasse errado, mas talvez, como pode ter ocorrido, dela seria expulso, explicitamente ou por marginalização, na forma wittgensteiniana da punição por erro. Ser marginalizado é ser demitido do círculo social, é ser exilado.

Como pode alguém entender que aquilo que desde pequeno aprendeu a falar é, de repente, errado? Como pode alguém entender que aquilo que faz, sem saber porque faz, é ilícito? O que acontece se, marginalizado num meio, vier a "cumprir pena" noutro meio que o entende? A sanção terá sido válida? Será um mal?

GRAMÁTICA E RESPONSABILIDADE PENAL

O direito penal atual, com nuances de finalismo,⁶⁵ diz que só se pode punir alguém que tenha agido intencionalmente dirigido a um fim.

É um meio termo entre o direito penal clássico, estritamente objetivo, e o direito penal antigo que visava punir a pessoa e não o crime.

Da semelhança do direito penal com a gramática, surgiu uma forma de análise exegética ou gramatical da lei penal (a oração) que leva em consideração três elementos importantes: o *sujeito*, ativo e passivo, a *ação* e o *objeto*.

Penalmente, segundo a doutrina comum, tem-se, normalmente, diante de uma situação juridicamente relevante, dois sujeitos, o ativo e o passivo. Este é o que sofre a ação, ao passo que aquele é o que *pratica* a ação.

A ação, outrossim, tem como núcleo um *verbo* e se dirige a um *objeto*.

Por exemplo: O ladrão matou a vítima.

No direito penal, sujeito ativo é o "ladrão", enquanto que a "vítima" é o sujeito

65 Teoria penal que entende que só se pode punir condutas dirigidas a um fim, ou seja, a intencionalidade.

passivo, sendo conduta, "matar".

Como a conduta é prevista como crime e a isto corresponde uma pena, deverá o ladrão responder pela conduta, desde que seja imputável, ou seja, tenha tido possibilidade de escolher, de decidir livremente pela conduta e, na maioria dos casos, seu resultado. Ou seja, se agiu com vistas a um fim.

Trata-se, nesse caso, do "elemento subjetivo do tipo", ou seja, não basta que ocorra o *tipo objetivo*, a conduta descrita na lei, mas que esteja presente também a dimensão subjetiva, a *vontade livre e consciente* do sujeito ativo em agir daquele modo.

Dessa forma, foge-se aparentemente do estreito objetivismo da lei para uma dimensão tão profunda quanto infinita que é a da subjetividade.

A conduta, uma vez descrita numa oração, deixa de ter conteúdo material de realidade e passa a ser um enunciado lógico. É uma frase que analisa sintaticamente buscando a ordem lógica dos elementos que a compõem.

Gramaticalmente, *sujeito* é não só aquele que praticou uma ação, mas *pessoa ou coisa de que se declara algo*.

Pode ser simples (um só), composto (entes diversos) ou indeterminado (de impossível identificação).

Já o *objeto* pode ser denominado aquilo que completa ou recebe a ação. No exemplo acima, a "vítima" é objeto direto da oração, pois sobre ela se deu a ação.

Mas, se usarmos a voz passiva, e não a voz ativa, poderemos dizer assim: "A vítima foi morta pelo ladrão." E desse modo, a "vítima" passa a ser sujeito (passivo), por ter recebido a ação. Vale dizer, foi determinada pela ação.

O *verbo*, por sua vez, é toda palavra que indica ação ou resultado de ação, porém, como não há ação sem causa, causador da ação é o sujeito. Quando se tem uma ação sem resultado, por si só, trata-se de "predicação completa", o que, em direito penal se diria tratar de um "crime formal", isto é, sem necessidade de resultado para se consumir. Mas se há necessidade de consumação, o crime é material e, na gramática, diz-se tratar de "predicação incompleta", pois exige complemento ou resultado.

Se tivermos, porém, uma oração assim: "o sujeito determinou a ação", poderemos invertê-la e dizer: "a ação foi determinada pelo sujeito". Sendo "ação" sujeito passivo, mas ainda sujeito, poderíamos pensar que é válido dizer também:

"o sujeito foi determinado pela ação", ou "a ação determinou o sujeito". Tudo é questão de relação dos elementos na frase e por "ação" podemos entender aquela ação que determina ações.

Trata-se, como é fácil decifrar, de uma questão de lógica e a lógica é inabalável.⁶⁶

SUJEITO E OBJETO

Depois que o pensamento moderno se firmou, de Descartes em diante, o Humanismo, com o sujeito no centro do Universo, mudou a concepção de "sujeito", pondo-o como aquele que faz.

Porém, a palavra *sujeito*, do latim *subjectus* designa "submetido", "o que está sujeito" (ao objeto).

Objeto, por sua vez, é coisa, matéria, e, mais que isso, "o que se lança (jato) contra" (o sujeito).

Verbo é ação (direito penal), mas é palavra (gramática). Pode-se dizer, num "agir comunicativo", que é a *palavra que faz fazer*.

Dessa maneira, o objeto "sujeita" o autor da ação (o sujeito) e, portanto, a ação é uma demonstração de submissão ao objeto (de desejo ou necessidade).

Só tem obrigação de falar "corretamente", ou seja, no padrão definido como culto, aquele que teve oportunidade de aprender.

Só responderia aquele que tem condições de decidir, ou seja, que não está sujeito, mas, se só o sujeito pratica ação, sujeito é o que faz, na verdade, porque se lhe faz fazer. Todo sujeito é, por isso, meta da ação. Todo sujeito é "objeto", todo criminoso é "vítima" de uma circunstância que o empurra para o crime.

O que se percebe é que, a partir da Teoria do Conhecimento de Kant,⁶⁷ tudo passa a ser conceito formal, palavra, lógica, pois o conhecimento material (da Verdade) é posto ceticamente de lado. Por isso as teorias da linguagem se encontram com as teorias penais modernas.

São os relativistas que pregam o "diálogo", entendido como "acordo" de vontades ou consenso. Evidentemente, há lugar para o entendimento, quando este é

⁶⁶ Franz Kafka, em *O processo*; a lógica é inabalável, mas não pode opor-se a um homem que quer continuar vivendo.

⁶⁷ Os tipos penais são fôrmas, conforme modelo kantiano de conhecimento lógico como identidade entre as formas existentes na mente que conhece e a imagem dos objetos de conhecimento.

necessário, mas não se pode olvidar daquilo que é natural e que independe da vontade. Quando isso ocorre, estamos diante de uma ideologia e podemos perguntar: quem fará parte do "diálogo" e com que competência, isto é, com quais direitos e deveres?

Mas, há "erros" de gramática que levam à "punição" natural do não entendimento, como há delitos que por si só são penas.⁶⁸ Tais hipóteses, no entanto, se bastam, independentemente de "regras", pois é algo com que todos concordam.

O que deve ser mirado pela crítica é o mero exercício de poder.

O direito penal é gramatical na medida em que direito penal e gramática se mostram como técnica (techne), ou seja, como método!⁶⁹

Do mesmo modo que a gramática alija do diálogo aqueles que entende que não falam corretamente, ditos "ignorantes" ou "incultos", também o direito penal escolhe os "desonestos" a partir de estereótipos de condutas. Se o diálogo só é construído pelos cidadãos, fica difícil acreditar na *vontade livre e consciente* de fazer a lei, assim como na de burlá-la.

Como isso é relativo e casuístico,⁷⁰ no entanto, prevalecerá como "padrão" de correção o ordenamento de regras daqueles que têm o poder de ditar suas vontades e interesses. Numa reviravolta, porém, os errados serão eles.

BREVE DIAGNÓSTICO DA ATUALIDADE

É preciso partir criticamente da seguinte questão: "O que resolve se dissolve". O Direito Penal ainda é nossa preocupação e portanto não atingiu seu fim. "O que resolve se dissolve" porque o princípio, a causa, já contém embutido em si, o fim, e o fim é a própria superação. Disso se ocuparam, outrora Santo Tomás, e hodiernamente Gadamer.

Quem não aceita o conceito metafísico, no entanto, pereniza o accidental. Nossa intenção é estudar o "direito penal", sobretudo direito penal moderno, na forma como surgiu: como uma "economia penal" a serviço do seu fim (teleológico), pressupondo a utopia que o essencializa, de um lado, e o seu caráter pragmático de

68 Ricouer, *O conflito das interpretações*.

69 Em *Verdade e método*, Gadamer discute o papel do método na busca da verdade.

70 Kelsen, *Teoria pura do direito*.

aplicação de "penas" e "medidas", de outro. Neste último, distinguiremos entre uma "ética de princípios" que caracteriza o direito penal moderno e uma "ética de resultados" que essencialmente, no entretanto, o auto-contradiz.

Na verdade, a pena, como conservação de princípios sagrados acaba sendo uma medida que busca resultados, ainda que tais resultados não passem de uma conservação de princípios.

Inevitável, portanto, a questão: há realmente uma "ética de princípios" que contemple a instituição da pena ou só há uma "ética de resultados" e com os resultados da pena é que devemos nos preocupar?

Fica difícil para quem está acostumado a um certo pragmatismo contemporâneo entender uma mera "ética pura" de conservação de práticos princípios, se esses princípios não são fins a serem alcançados. No mundo atual, o que se espera é um resultado; aguarda-se a solução de um problema, no campo penal, que é a contenção da criminalidade. Por isso, imputa-se ao direito penal a função de "repressão" da criminalidade, constatando-se, entretanto, que nisso o direito penal acaba falhando vergonhosamente.

Não era para menos. Como foi salientado, o direito penal moderno surgiu para a conservação de princípios, ou seja, era dirigido ao "cidadão" que "normalmente" observava as regras da cidadania, sendo a pessoa "polida" ou "civilizada", isto é, da vida social, que se pronunciava então no "burgo", na cidade. Quem não observava as regras da vida social burguesa agia de modo só admitido na exceção. Ou era louco ou imputável e como este último, devia ser "corrigido", "re-colocado" na senda da lei, da constituição, que era a garantia formal de certeza da vida jurídica. O fim "último" (teleologicamente falando) do direito penal era, portanto, garantir a vida social, não admitindo quaisquer resquícios da desobediência à lei, que significava o poder da vontade geral, ou seja, em última instância, quaisquer resquícios dos tempos imaginados da "anarquia" da guerra de "todos contra todos", pois os amantes da "liberdade" moderna temiam a liberdade total, que significava nenhuma liberdade.

Foucault, no estudo referido, salienta que o criminoso é inimigo da sociedade em geral porque descumpriu o acordo coletivo⁷¹ e assim há que sofrer a pena que na época dos ideólogos, antes de mais nada, é exemplo. O ritual da pena devia ser público para que todos percebessem que não era possível infringir a lei. O castigo é

⁷¹ Cit., p. 142 3 143.

a presença encolerizada do soberano, ou seja, não tratava de restabelecer a justiça, mas reativava o poder.

Não é de espantar, portanto, que o direito penal atualmente descumpra o papel que lhe é dado classicamente e também não cumpra o papel que hoje se procura ver para a lei penal. Quando se depara com a criminalidade que se diz a níveis altos, por vários fatores de ordem sociológica ou psicológica e também políticos, o direito penal não consegue dar conta da função "pseudo" repressora, porque em primeiro lugar não foi aparelhado filosoficamente para isso. Como recorda Foucault, "prevenir" é uma das justificações correntes do direito de punir, e, portanto, segundo esse raciocínio, o último crime em uma sociedade que está prestes a se extinguir deveria ficar sem punição. Isso contesta Kant, o qual, coerente com o entendimento de que a pena é símbolo de reprovação, sem finalidade prática que não essa, dizia que até último crime de uma sociedade em extinção deveria ser punido. Convém lembrar então rígido princípio *nullum crime, nulla poena, sine lege*. Esse princípio significa que o direito penal só entra em ação tardiamente, ou seja, após o efetivo cometimento da conduta incriminada, mesmo que apenas tentada. Falar em repressão, geral ou especial, pelo exemplo da punição a todos e ao próprio condenado, é mera tentativa de "utilização" da pena para legitimá-la ou procurar manter o direito penal ao nível de "ciência", quando o complexo de inferioridade dos juristas aflorou querendo igualar o direito às "ciências" da moda no século passado, invejosos que estavam da "certeza" que essas ciências naturais representavam.

Entretanto, a fundação filosófica do direito penal moderno, trazendo para o Estado a exclusividade da punição, não permitiu que isso ocorresse, acabando por conservar mais o caráter vingativo da pena antiga, seja a vingança privada ou pública, do que realmente possibilitar a repressão da criminalidade. O direito penal, que foi instaurado com vistas ao fato criminoso como exceção, tanto que inscrito devida e previamente na lei, vê-se em pânico diante da criminalidade. A sua única contribuição para a repressão da criminalidade é não dificultar certas ações policiais ou governamentais, por exemplo, que venham a conter condutas criminosas. Na realidade, a repressão ao crime está no âmbito administrativo, vale dizer, sob a atribuição do executivo.

Ao juiz criminal não é dado combater a criminalidade, mas aplicar penas a

respeito de condutas efetivadas.⁷² O exemplo da pena moderna visa apenas reafirmar o poder que foi ameaçado pelo cometimento de conduta contrária aos princípios, aos valores estabelecidos. mas esses valores são fruto da conveniência de momentos históricos, em determinados lugares, por grupos influentes. Por isso mesmo, nem sempre condiz com os valores culturais de um povo ou de determinadas pessoas, como, por exemplo, os que não são proprietários.

Daí o papel ambíguo do povo diante do exemplo da pena: quer justificar o criminoso, mas também pode se identificar com ele e, transformando-o em herói, quer ridicularizar o poder. Por essa razão, a pena, aos poucos, vai deixando de ser executada em praça pública, restando a publicidade de sua aplicação, hoje também mantida na penumbra da exacerbada técnica jurídica que fala um idioma próprio.

Após instalar-se a mania de fazer leis, os códigos penais, prevendo condutas e penas, passaram a ser não mais que meros catálogos de preços, onde se encontram não as condutas proibidas, mas as condutas custosas: certas condutas, ao serem efetivadas, devem ser pagas e o preço é a "pena" prevista. A partir daí, o criminoso verificaria, em tese, se a conduta "vale a pena" e, se o preço cobrado é conveniente diante do resultado do delito. Evidentemente, os delinquentes iletrados não se preocupam com isso, sendo mesmo delinquentes de ocasião, geralmente incidentes em crimes contra o patrimônio ou até mesmo crimes sexuais, e que o fazem por questão de oportunidade.

O raciocínio cabe, entretanto, para os criminosos sofisticados, chamados de "colarinho branco", que realmente "investem", capitalisticamente, nas condutas lucrativas. Também na sua espécie, a pena pode não funcionar, inclusive pela falta de conhecimentos específicos da condição humana, tais como de psicologia e pedagogia, dentre outros. Isso, no entanto, é assunto da "economia penal" e não propriamente da "filosofia da pena", a ser enfrentada oportunamente.

Ora, nos tempos em que a pena era aplicada segundo ditames locais e bastante conhecidos, o conhecimento das conseqüências ou do "preço" de cada conduta até que era possível, mas hoje, na sociedade de massas, com exceção dos técnicos em atividade, ninguém mais sabe com certeza quais são as condutas incriminadas e quais as penas prometidas. O caráter de "repressão" que pudesse haver na pena como exemplo se perde de vez, sobretudo na sociedade urbana, onde os julgamentos se dão nos âmbitos forenses e a execução das penas se dá ainda mais

⁷² Zaffaroni, cit.

obscuramente, dentro de prisões invisíveis à população. Se antigamente já se sugeria que os presos deveriam ser visitados mensalmente, para que o povo visse e testemunhasse para si mesmo o sofrimento do condenado, parece que hoje as prisões são ilhas dentro da sociedade, que se mantêm isoladas realmente. São algo estranho, a não ser em alguns episódios que a televisão resolve noticiar. Zaffaroni aponta como a principal característica do sistema penal a de ser um complexo aparelho de deterioração regressiva humana que condiciona falsas identidades e papéis negativos.

Aliás, o próprio técnico nunca pode dar certeza de qualquer coisa, essa certeza que é o fetiche do jurista moderno. A própria sistemática que, segundo Foucault desnaturou o poder judiciário, contribui para isso. Em primeiro lugar, salienta o autor, por causa da multiplicidade de instâncias, o que, realmente, faz com que um mesmo caso seja julgado de diversas maneiras, prejudicando a justiça do "caso a caso", sob a desculpa de que uma instância superior deve corrigir os equívocos da inferior.

Só não se fala o que deve ser feito quando a instância superior erra! O princípio do duplo grau de jurisdição só seria coerente se permitisse o direito de recurso infinitamente. Na verdade, é um sistema de controle de poder e disso não passa, embora, algumas vezes, mas tão poucas, corrija erros sem cometer outros. Se o julgamento pelo juiz que está próximo da realidade acaba, muitas vezes, equivocadamente, que dirá de um julgamento por uma instância superior, distante no espaço e no tempo, sem saber o julgador, sequer onde fica uma tal cidadezinha que foi palco de um crime, com suas características próprias, o que faria com que o julgamento fosse mais correspondente à conduta incriminada. Além disso, se um caso passa por duas ou três instâncias, uma retificando a decisão da outra, os poderes se anulam e ninguém entende nada. No Brasil, atualmente, temos tido casos de liminares ou ordens de prisão ou alvarás de soltura inclusive em casos de repercussão – que são cassados em menos de uma hora. Qual é a decisão certa, não importa, mas que é o próprio poder judiciário se auto-mutilando – auto-anulando-se – e, pela confusão, causando incerteza, isto realmente é. Zaffaroni alerta para o fato de que a funcionalidade burocrática da agência judicial leva a um "vazio" ético, onde o "bom torturador" é o "profissional correto" que cumpre ordens, pois sua formação limita-se ao desempenho disciplinado e obediente de burocrata, embora

a frustração pelos limitadíssimos poderes dentro do sistema penal seja compensada ao juiz pela aparência de poder que ostenta. Proveniente dos setores médios e médios-baixos em geral, deteriora-se a identidade do magistrado: falso poder é sustentado por solenidades, tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias, saudações militarizadas do pessoal de tropa das outras agências (polícia militar, por exemplo), e cuja ilusão de poder é *introjetada precocemente nas universidades*, sendo por isso que a agência judicial, historicamente, tem fugido da responsabilidade de dar respostas. A onipotência do juiz se dá, segundo o mestre argentino, pela imaturidade adolescente, que não permite ver as limitações do seu poder, afetando o seu narcisismo com as regras do processo de criminalização e politização, que o faz "burocratizar" para conservar a sua função. As críticas a ele são "desacato"!

Outra circunstância que desnatura o poder julgador é, segundo Foucault, o pêndulo, por reação, que se desenha entre juízes severos demais e juízes indulgentes demais ou vice-versa. Saídos de uma ditadura militar, os brasileiros identificavam qualquer ação de poder como suspeita. O Judiciário passou a encarar, em nome de uma democracia que se instalava, os chamados "direitos humanos" e foi brando demais com criminosos comuns até que se passasse a gritar que a criminalidade estava num crescente perigoso. Então, em reação à brandura, passou-se a "proteger" a sociedade!

Ao lado do judiciário, sugere Zaffaroni que compõem a estrutura ideológica do direito penal a Universidade e o sistema policial. A universidade prepara o futuro jurista e juiz, de modo a acomodá-lo num papel de mero burocrata, que "cumpra seu dever", porém, sem profundidade suficiente para perceber criticamente onde se encontra. São estratégias, nesse caso, a *redução da bibliografia* e a *deterioração dos salários*.

A polícia, segundo Zaffaroni, colabora com o sistema penal recrutando agentes nos segmentos carentes (estereótipo do inescrupuloso), como característica do psicopata: prega-se a moral e espera-se dele que seja "vivo", "esperto" e "corrupto", acobertado, na sua imagem popular, pelo "herói" do cinema estrangeiro, de modo que pode fazer uma "violência justiceira", "solucionando" conflitos sem a necessidade da intervenção judicial. Esse herói se caracteriza pelo machismo, segurança, indiferença à morte alheia e coragem em limites suicidas.

Reafirmando o sentido de "pena" como "guerra", podemos citar a militarização da polícia.⁷³

A mídia, por fim, afirma Zaffaroni, com a estereotipação de agentes e monitoração da notícia, acaba sendo o grande instrumento de promoção do poder, insistindo no aumento da criminalidade, para aumento da repressão, de um lado, e na crítica da impunidade, que leva o jovem, sobretudo, a crer que pode delinquir sem conseqüências, ficando, porém, a mercê das agências policiais e judiciárias.

Inobstante, alguns penalistas teimam em justificar o direito penal, dizendo que é um instrumento de repressão do crime, necessário para a vida social, e que, embora as leis penais geralmente não sejam explícitas em "proibir" as condutas incriminadas, dizendo, ao contrário, que se essa conduta ocorrer, surge automaticamente o direito do Estado de impor a pena prevista, tratando-se, portanto, de verdadeiras regras proibitórias.

Ora, os hebreus, fonte histórica do nosso direito, quando queriam proibir alguma conduta, diziam claramente que não era para se fazer ou que não era para se omitir, mas como se sabia que certas condutas eram inevitáveis, procurou-se puni-las com igual conduta, com equivalente mal, segundo a chamada "lei de talião".

Os modernos também sabiam que certas condutas eram inevitáveis, por isso que não proibiram, mas já previram penas que as reprovassem em nome de princípios. Entretanto, os modernos, ao contrário dos antigos, já não acreditavam na "retribuição" da chamada "lei de talião", tendo sido alertados pela história da pena, que, já na idade média, a pena foi usada (utilizada, tornada "útil") de alguma forma, seja fornecendo se mão de obra para manufaturas ou obras públicas, seja fornecendo remadores para as galeras (navios de guerra ou mercantes), ou com o degredo, a fim de populacionar as colônias. Por isso a "pena de morte" não foi mais conveniente, assim como a pena de multa, que de certa forma retribuía o dano causado, sobretudo se de ordem patrimonial, mas significava pouco em relação ao que um preso podia fazer.

Daí nasce a idéia de prisão, atribuindo-se aleatoriamente, embora com mais gravidade para certos casos, tempos de reclusão, o que significava sempre trabalho. A retribuição deixa de ser um "pagamento equivalente" para passar a uma máscara que esconde um interesse. Teleologicamente, a pena serviria à repressão, mas a

⁷³ Cit., p. 137.

conveniência se mede pelo interesse teórico de "reprovação" que se mede pelo grau de severidade da pena, aliado ao de resolver problemas. Esconde-se o interesse sob o manto da sacralização da pena como expiação do pecado de se ter ferido princípios, mas ao mesmo tempo, não entendendo a sociedade de massas de hoje, com a criminalidade alta, a mentalidade dos modernos, volta-se ao antigo talião, ao sentimento de vingança que nunca abandonou a pena, à necessidade não só de resolver o problema da criminalidade, mas de se restabelecer o "status quo ante", retribuindo-se "olho por olho, dente por dente". já não se acredita no Estado em suas instituições penais, com penas que nada mais significam na atualidade do que inúteis medidas burocráticas.

A vergonha com que o próprio jurista encara o absurdo da pena, faz com que ignore o princípio da "publicidade" que prega com afincos, escondendo o processo penal por trás de um intrincado procedimento burocrático -forense, que diz a língua do especialista e que nem réu, nem vítima, nem testemunha, entendem qual é o seu papel naquela atuação sem sentido.

Para os dias de hoje, quando pessoas jurídicas, ou até mesmo físicas, de direito privado têm muito mais poder econômico e efetivamente muito mais poder político que governos, os quais são a figura visível do Estado, este, perdendo a soberania do ponto de vista econômico, deve ser revisto no seu conceito político. A "retribuição" moderna, em vista da mera reprovação de atitudes diante de princípios que conservam valores ininteligíveis, perde o sentido. O direito penal, esteio do Estado Moderno, deve ser repensado, e assim o próprio Estado.

Significa que devemos ter a coragem de denunciá-lo.

PROPOSTAS

A filosofia recomenda apenas que se estude a razão das coisas e se busque, a partir de uma "praxis", a sua satisfação. Como lembrou Gadamer, com o exemplo óbvio das hermenêuticas jurídica e teológica, a filosofia é prática, pois ao interpretar já está agindo. Heidegger havia enfrentado a 11ª tese de Marx sobre Feuerbach perguntando justamente se há interpretação que já não seja mudança. Realmente, uma postura ideológica sincera se confunde na teoria e na prática, formando uma "praxis". Isso, no entanto, é válido ao menos do ponto de vista do

indivíduo, dependendo da vontade oficial quando se trata de implantar num sistema legal. O início das discussões, porém, será o início da formação dessa vontade.

O Direito Canônico sempre foi importante para a formação das idéias jurídicas durante a história do Direito desde a Idade Média.⁷⁴ As leis canônicas ou cânones sempre foram fonte de inspiração para as soluções de que os juristas necessitavam e os códigos canônicos de 1917 e de 1983, este atualmente em vigor, sempre primaram pela boa técnica e sinal de vanguarda e sabedoria no trato das questões jurídicas. Hoje ainda isso é verdade e por isso convém estudar brevemente o "direito penal canônico" como tentativa de inspiração por alguma coisa diferente do direito que se tem praticado.

A pena, que Jesús Hortal define como a "privação de um bem, imposta pela autoridade competente, a quem transgride uma lei", é um mal para o indivíduo, que se justifica pelo bem social que dela deriva., com a dupla finalidade de correção do delinqüente e o restabelecimento da ordem social pelo exemplo do castigo. No entanto, as penas canônicas não se submetem tranqüilamente a este esquema.

As penas canônicas (Cân. 1312) são divididas em "medicinais" e "expiatórias". Aquelas, também "censuras", visam a correção, cessando com o arrependimento, ao passo que estas realmente visam o restabelecimento da ordem social e a dar exemplo. Estas, as penas expiatórias, eram chamadas, no Código de 1917, de "vindicativas", o que dava a impressão de se inspirarem pelo sentimento de vingança.

As penas medicinais, de censura, na verdade, visam a que o próprio "delinqüente" se corrija, tendo efeitos de "proibição" e são, em espécie, a "excomunhão" (Cân. 1331), suspensão da comunhão visível, o "interdito"(Cân. 1332), suspensão parcial da comunhão visível, e a "suspensão" (Cân. 1333), que é a proibição só para clérigos. Além disso, o Cân. 1335 prevê a necessidade de suspensão das censuras para atendimento de casos urgentes. Encontraríamos alguma semelhança de escopo com as penas de "interdição temporária de direitos" e de "limitação de fim de semana", dos arts. 47 e 48 do Código Penal brasileiro de 1984.

Já as penas expiatórias, que visam restabelecer o *status quo*, se dividem em

⁷⁴ Usamos a edição bilingüe latim/português do Código Canônico, com os comentários de Jesús Hortal, S.J., São Paulo : Loyola, 1983.

proibições e privações em si, e são fixadas por tempo preestabelecido, indeterminado ou até perpetuamente (Cân. 1336), tal como "medidas de segurança" ou de efeitos práticos.

Mas medidas de segurança mesmo, em termos de conceito, são os chamados "remédios penais". Aqui não se trata de pena, pois não priva de um bem, mas empregam-se para evitar o delito ou compensar um escândalo ou perturbação da ordem pública, esta última à semelhança da "prisão processual" (prisão preventiva) do direito processual penal comum.

Além destas, registra-se no Direito Canônico Penal as chamadas "penitências", que "não privam de um bem, mas impõem a realização de obra boa". Comparam-se as penitências à "penas de prestação de serviço à comunidade" previstas no atual Código Penal brasileiro, art. 46. Para o Direito Canônico, como as penitências de foro externo proporcionam satisfação à sociedade, podem livrar da pena (cf. Cân. 1340) e, portanto, para o Direito Canônico, não é "pena".

Não há, evidentemente, no atual Direito Canônico, as penas privativas de liberdade e nem a denominada "pena de morte" e nem a pena pecuniária, ao menos esta como espécie prevista, embora a abertura dos conceitos possa acolher a imposição da "obrigação de fazer" relacionada a questão monetária, mas não como escopo de pena pecuniária.

É interessante notar que o Direito Canônico não contempla o princípio liberal do *nulla poena sine lege* e nem o do *due process of law*, em razão do caráter "medicinal" das penas, nos termos dos Cân. 1399, 1341 e 1342. Além disso, os conceitos de *ferenda sententia* (que atinge o réu só depois de infligida, segundo o Cân. 1314) e de *latae sententiae* (se incorre com a própria prática do delito conforme o Cân. 1314), fazem distinguir que no segundo caso não há necessidade de impor a pena, que é "automática" em decorrência do próprio cometimento do delito. Uma providência judicial aqui seria o mero "reconhecimento" e "declaração", se caso, jamais assumindo caráter "constitutivo".

Inobstante, é um princípio também que se deve dar preferência às *ferendae sententiae*, que exigem a providência constitutiva, embora aqui também se esteja sob um outro princípio mais abrangente, que é o da necessidade: a pena só deve ser aplicada se necessária (Cân. 1317), sendo que a imposição penal deve ser precedida de madura ponderação (Cân. 1317) e supondo-se sempre ação dolosa ou ao menos

culposa, nesse caso, como exceção prevista (Cân. 1321), o que é um princípio abraçado pelos códigos penais em geral.

O conceito de dolo, entretanto, é que parece merecer referência. Trata-se o dolo da violação deliberada da lei ou preceito, o que se diversifica do direito penal comum, para o qual o dolo se constitui na vontade livre e consciente de obter o resultado ou pelo menos assumindo o risco de produzi-lo (art. 18 do Código Penal brasileiro atual), ainda que por intermédio da realização do tipo (conduta dirigida a um fim), ao passo que no Direito Canônico não se fala em "resultado", podendo-se subentender, no entanto, que a vontade de realização da violação do preceito já contenha em si a vontade de chegar ao resultado. Mas a ignorância da lei ou preceito é causa de "exclusão da imputabilidade" e não mera atenuante ou causa de isenção de pena apenas quando inevitável o "erro de proibição" (art. 21 do Código Penal brasileiro atual).

Vale salientar que o Código Canônico prevê, outrossim, as hipóteses de "inimputabilidade" (Cân. 1323) para os menores de 16 anos, pela ignorância da lei ou preceito, já referida, por caso fortuito (violência física), estado de necessidade, legítima defesa moderada, falta de uso da razão (caso de incapacidade previsto no Cân. 1322), e estado de necessidade e legítima defesa putativos.

O Direito Canônico prevê também "atenuantes" que mitigam ou substituem a pena por uma penitência, à moda das "penas substitutivas" do Código Penal comum, quando estão presentes as causas de exclusão da ilicitude do Cân. 1323, porém não de forma absoluta, como, por exemplo, menor com mais de 16 anos, ignorância da lei por culpa, parcial uso da razão, perturbação mental ou embriaguez provocada, forte emoção, necessidade relativa sem dano às almas, legítima defesa imoderada etc. (cf. Cân. 1324), e "agravantes", quando persiste a delinqüência, há abuso de autoridade ou ação com "dolo eventual" (Cân. 1326).

Outra diferença é quanto aos conceitos de "tentativa" e de "delito frustrado", sendo esta a figura correspondente ao "delito tentado" do Direito Penal comum, ou seja, ocorre quando inicia-se a execução do delito, por ação ou omissão, só não se conseguindo seu intento por circunstâncias alheias à vontade do delinqüente (Cân. 1328, parágrafo 1o., 1a. parte). É ocorrência mais grave do que a "tentativa", definida pelo Cân. 1328 como a intenção de cometer o delito, por ação ou omissão, não se conseguindo simplesmente. Essa definição, própria do "crime impossível" do

art. 17 do Código Penal brasileiro, diferentemente deste, entretanto, apenas não tem punição igual à do delito consumado, salvo exceção (Cân. 1328), enquanto que o Código Penal comum não pune a hipótese.

O "concurso de agentes", ou "cooperação", por sua vez, é contemplado no Cân. 1329.

Em relação à aplicação da pena, outrossim, começa-se com o princípio procedimental da "disponibilidade da ação", ou seja, não só a ação penal não é obrigatória, mas é mesmo exceção (Cân. 1341; cf. Cân. 1399), pois só se promove o procedimento judicial ou administrativo para infligir ou declarar penas quando se vir que nem a correção fraterna, a repreensão ou outras vias de solicitude pastoral são suficientes para se repor suficientemente o escândalo, restabelecer a justiça e corrigir o réu.

Por outro lado, a discricionariedade do juiz na "individualização" da pena (Cân. 1343) chega à liberdade para impor a reprimenda ou abster-se de fazê-lo (Cân. 1344), assim como na apreciação da atenuantes do Cân. 1324 (Cân. 1345), como no uso da "equidade" em busca da "justa pena".

Se a absolvição não impede medidas outras (Cân. 1348), os recursos contra sentenças ou decretos que imponham penas têm sempre efeito suspensivo (Cân. 1353).

A extinção da pena se dá, segundo o Cân. 1354, pela mudança da lei (lei melhor que exclui o delito), pelo cumprimento da pena temporária e pela remissão ou perdão.

Já a prescrição, atinge a ação criminal em si e assim também a ação para a execução da pena em 3 anos, contando-se aquela, da "pretensão punitiva", a partir do dia em que foi cometido ou que cessou o delito, e esta, a da "pretensão executória", a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória até a notificação do réu do decreto executório do Cân. 1651 (cf. Cân. 1363).

É importante notar que um Direito Penal pré-ocupado, ou seja, guiado pelo princípio da eficácia ou seja, "evitar" a configuração do delito, torna-se bastante simples, não dando lugar ao mero expediente. O Cân. 1364 e seguintes, por exemplo, constituindo-se o que seria a "parte especial" do código, indicam não as penas para cada delito, mas apenas a natureza de "medidas" das penas em relação às hipóteses que prevê, seja das "penas medicinais" ou de "retribuição" ou expiação.

Não se constitui, no entanto, numa "tabela de preços" que, à semelhança dos códigos que obedecem o princípio da legalidade e da anterioridade, longe de proibir, possibilitam o cometimento do delito, com prévia fixação do seu custo.

O Código Canônico apenas se refere a "justas penas" quando não prevê "penas medicinais" em espécie, que são, contudo, verdadeiras "medidas de segurança". A não determinação da penas, a não ser casualmente, possibilita maior individualização, enquanto que a não determinação no tempo, mesmo porque visam "evitar" resultados contra a comunidade, possibilitam sua eficácia como "medida de segurança", que é o que toda pena hoje "aspira".

Tudo isso, aliado ao princípio da "disponibilidade da ação" e da "disponibilidade da imposição da pena", já referidos, além do mecanismo extremamente simples da prescrição, podem se constituir num exemplo inspirador do Direito Penal voltado para a sociedade de massas, onde todo julgamento deverá ser cada vez mais individualizado face as circunstâncias individuais que se ocultam embaixo dos fenômenos de massa, e procurando sempre, não uma declaração ou constituição de pena com vistas na mera imposição de um "mal" que se diz fim em si mesmo, mas de "medidas" que satisfaçam o sentimento de humanidade, procurando, em primeiro lugar, salvar o homem que se apresenta em cada caso e, por fim, se isso, após exaustiva apreciação, não burocrática da "decisão correta" do silogismo, não for possível, aplicar-se-á ao menos a medida cabível para poupar a comunidade dos malefícios do delito.

Supõe-se aqui a pena natural do próprio cometimento do fato criminoso, mas supõe-se também, sem ingenuidade, que à capacidade de perdoar corresponde a capacidade de ser perdoado.

Por isso, evidentemente, não se pode abrir mão das regras como princípios procedimentais ou de "economia", inclusive para a fixação de limites à atuação do juiz e dos envolvidos, mas a exagerada tarifação em que se encontra o direito penal hoje, uma época de rápidas e drásticas mudanças, o torna anacrônico (fora do tempo), até mesmo antes de entrar em vigor, pois no caso de reforma legal, entre a realidade que a inspirou, sua feitura e vigência, sempre demora, às vezes o suficiente para a perda da sua eficácia, pois a realidade que a inspirou já mudou.

Por outro lado, uma lei feita com pressa é capaz também de gerar enormes problemas.

Tudo recomenda, por isso, que se façam princípios legais gerais bastante amplos, mas ao mesmo tempo em que permitam o raciocínio e a argumentação do juiz, exijam dele esse trabalho, sob pena de nulidade de seus pronunciamentos. A autoridade de uma decisão vem do fundamento que convence e não da força de que pode dispor o julgador para fazer cumprir sua decisão. Isso fará com que as partes se esmerem na retórica como busca da verdade e voltemos para um direito como ciência humana por excelência.

Certamente, para tornar isso possível, é preciso que se reduzam os tipos penais ao mínimo possível, tendo-se como princípio norteador a extrema gravidade e correspondente perigo que possa sofrer a sociedade com as condutas. Não se justificam certas contravenções penais que são punidas mais severamente no direito administrativo, como também certos crimes que se constituem em condutas que não apresentam quaisquer riscos para a sociedade.

Outra observação necessária é quanto à pessoa do delinqüente. Como demonstraram as escolas positivas, não basta ver a doença, deve-se tratar do doente. Até prova em contrário, toda pessoa deve ser considerada recuperável. Essa recuperação, no entanto, objeto das ciências extra-penais, deve ser entendida como retorno das possibilidades da pessoa se auto-realizar e não como uma mera técnica de conformação com os padrões sociais estigmatizantes. Se o trabalho, como é encarado no presídio, por exemplo, nada significa de oportunidade de realização pessoal, mas é mera oportunidade de utilização da mão-de-obra barata do preso, como no passado, não lhe dando especial anseio, de nada adiantará na sua recuperação.

Não se deve mais encarar a reclusão como instrumento de tornar "dócil" e "útil", pelo adestramento, como apontou Foucault ser a ótica de antes. Na verdade, o cometimento de um crime hoje, ao mesmo tempo em que gera para o Estado o dever de punir, por isso mesmo gera para o delinqüente certos direitos como o de ampla defesa para evitar a punição fora da lei e, assim, como já referiu Hanna Arendt, muitos marginalizados, que nunca foram objeto de atenção pelas autoridades, vêm no crime, sobretudo em pequenos delitos, a oportunidade de terem direitos. Graças ao crime cometido, têm todo um aparato judiciário à sua disposição, ainda que para condená-los. É preciso ter matado ou roubado para atrair a atenção, a compaixão ou o interesse dos outros, atenção essa que nem os

operários pobres conseguem atrair, como salientou Foucault no seu estudo sobre a história da pena.

Outrossim, as penas também devem ser mitigadas em muitos casos, só sendo aplicadas em casos extremos de necessidade, quando nada indique que a periculosidade seja tanta que se recomende uma "medida de segurança" que dure enquanto durar a periculosidade, e nem revele que a pena é inútil pois a própria pessoa que delinqüiu já apresentava sinais de que chegou a um estágio aspirado pela pena, sem ela. No primeiro caso, por exemplo, de nada adianta aplicar uma pena carcerária, que supõe temporalidade, para um indivíduo perigoso, pois irá sair da prisão quando foi atingido o tempo, ainda que sua periculosidade continue e, na maioria das vezes, terá sido aumentada. No segundo caso, uma pessoa que cometeu um delito ocasionalmente, sem apresentar periculosidade, não deverá ser submetida a medida alguma, mas a uma pena conforme a sua situação concreta, com o intuito singelo de demonstra reprovação do ato cometido. Se, porém, a própria pessoa demonstrou que essa reprovação é por ela compreendida, desnecessária é a pena, devendo-se apenas adverti-la para a satisfação de danos, se caso.

O que ganharia a sociedade em mandar para a cadeia uma pessoa honesta por ter cometido um delito passional que jamais voltaria a cometer? Isso não vai contra o princípio da repressão? Se é preciso puni-lo, que se use da medida adequada a fim apenas de não deixar "passar em branco" uma conduta ilegal.

Percebe-se que não haveria risco nenhum nisso, pois supõe-se que não haverá penas de prisão, reservando-se estas, no entanto, para as medidas de segurança detentivas, as quais serão aplicadas nos casos em que se demonstrar que não há condições de recuperação imediata. Tais medidas pedagógicas de recuperação deverão ser feitas em institutos próprios e só serão detentivas em casos de real necessidade e deverão buscar sempre, não adestrar ou tornar dócil, mas ajudar a pessoa a se auto-descobrir.

A periculosidade pode estar presente em pessoas de menor idade, cabendo-se fixar a idade a que cada instituição irá atender, especializando-se os institutos, mas não dividindo-se o direito penal em relação aos menores, já que não haverá, em relação a eles, pena alguma, mas apenas medidas como hoje são previstas, embora equivocadamente praticadas.

Finalmente, a ação criminal só seria desencadeada após análise de caso a caso, cabendo ao autor demonstrar já no início a necessidade da pena ou da medida de segurança para aquele caso. Em casos de medidas singelas como advertências (à semelhança da atual "suspensão condicional da pena"), por exemplo, poderia ser previsto um procedimento administrativo-judicial, sem dilação probatória, que poderia ser contestada pelo interessado, por via inversa. A obrigatoriedade da ação penal, uma maneira de se reservar para o Estado o monopólio da violência ou da ameaça desta, não tem sentido quando já não se admite mais o direito penal como instrumento de poder do Estado, mas como instrumento de ação social.

Claro que qualquer sistema depende essencialmente das pessoas que os manipulam, mas quanto melhor o instrumento, maiores são as chances de se atingir os objetivos.

Foucault escreve que "conhecem-se todos os inconvenientes da prisão e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto, não "vemos" o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão". É hora, porém, de se acabar com a hipocrisia do direito penal pós-moderno, o qual, encobrendo o direito penal moderno do qual não se livrou, finge não punir, mas readaptar e reintegrar, enquanto não passa de uma instituição fracassada e sem sentido.

CONCLUSÃO

Refletindo sobre a questão da pena como foi vista pelos cultores do Direito Penal Moderno, vimos que se trata de uma medida conservadora, ou seja, de um instrumento de manutenção do *status quo* representativo da ordem jurídica. Mas podemos perceber também que, equivocadamente, na sua função retributiva, a pena não impede o crime, como se deseja nos nossos dias de sociedade de massas, quando a criminalidade assume proporções de fenômeno de massa igualmente. A pena determinada previamente só fez surgir a idéia não de reação, como se quer passar ainda hoje pelos manuais, mas o preço pré-fixado das condutas elencadas nas leis, ainda que preços "proibitivos" (penas pesadas ou desproporcionalmente altas em relação ao suposto "benefício" que o crime traria ao seu autor), os quais, na realidade, quase não existem, pois o delito, via de regra, e à exceção do típico delito burguês, talvez, ocorre sempre dentro de circunstâncias humanas, isto é, situações

complexas, sob influência de fatores diversos, de ordem pessoal ou social. A consequência disso ou quem sabe, a sua causa, é a função de instrumento que lhe foi dada, unicamente de preservar princípios. A contradição da pena é, pois, essencial, ou seja, a pena já surge equívoca: quer ser instrumento que não busca resultado!

Evidente que isso não durou muito. Desde o alerta dado pelos positivistas, sobretudo italianos, de que se deveria observar a pessoa do delinqüente para se diagnosticar a razão da sua conduta, é que se passou a entender o crime do ponto de vista criminológico e não só do ponto de vista jurídico: O delito é um fato, antes de ser categoria jurídica e, como fato, tem suas razões, sejam de caráter bio-psicológico, sejam de caráter social e econômico. Só não nos parece que tenha uma vertente forte para o valor, a não ser depois do Finalismo, onde se procura, ainda que de forma tênue, entender a vontade como querer resultados. Entretanto, o caráter determinista da ação só seria entendido se, como no Direito Penal Canônico, a vontade se dirigisse à afronta da lei e não ao cometimento do fato em si, buscando seu resultado. Isso porque, criminologicamente, o crime é um fato movido sempre por alguma coisa. Nunca é ato puro, tem uma história. Seria preciso, portanto, que se privilegiasse a criminologia em detrimento da forma jurídica do correto que traz a sensação – falsa – de segurança. "A lei, ora a lei... é para quando interessar!" Ademais, a lei é sempre interpretável, sobretudo quando é suficientemente clara para não ser interpretada.

O princípio da segurança de nada aproveita. A "certeza perfeita" que se buscou na lei positiva já não tem mais possibilidade de se efetivar, pois o acesso e o conhecimento das leis se torna impossível diante da proliferação de leis. Isso se localiza na sociedade de massa talvez sem exclusividade, aliás, pois talvez nunca tenha sido fácil ao cidadão comum conhecer as leis que o comandavam, ainda mais quando os criminosos comuns são sempre das últimas classes sociais, o que faz concluir que não são os crimes que os tornam estranhos à sociedade, mas é por serem estranhos à sociedade, marginais, que cometem crimes, já que a lei é feita de uns para os outros, de abastados para abastardados, resultando numa linguagem inadequada, ininteligível, embora se pretenda universal.

Michel Foucault aponta ainda uma questão muito de hoje, no Brasil inclusive: As prisões estão cheias de miseráveis enquanto os criminosos de "colarinho branco"

são tolerados pela lei, pela indulgência dos tribunais e pela discricção da imprensa. Essa é mais uma causa, não simplesmente de "injustiça", mas de desinteligência, pelo povo, da "justiça criminal".⁷⁵

Na questão criminológica, o Direito Penal, que deixaria de ser Direito Penal, passando a ser um "direito criminal" para abranger como principais medidas outras que não a pena, privilegiando o estudo interdisciplinar da questão antropológico-social, para, numa visão de direito penal como sociologia por excelência, mas também psicológica, buscar-se a melhor medida em relação ao binômio inseparável indivíduo-sociedade. Não é possível que o indivíduo, nessa relação indivíduo-sociedade, seja o único responsável pela sua deterioração.

Por exemplo, o direito penal atual, mascarado pelo manto equívoco de "justiça", ignora as mazelas da prisão como depósito de gente, aplicando mentirosamente com aparência de "pena", o que não passa de uma mal sucedida medida de segurança temporária. Quando o detento se torna egresso, não raras vezes, se torna mais prejudicial a si mesmo e à sociedade do que antes do encarceramento. Evidente que a psicologia, a psiquiatria e a medicina, pressupondo-se o fator sócio-cultural da formação, dariam uma resposta adequada à indagação sobre o que se fazer com o indivíduo que cometeu crime.

Hoje isso não ocorre porque a lei prevê penas abstratas, numa parca individualização legal que já peca pela escolha aleatória de espécie e quantidade de pena. A subtração de um relógio de pulso, com certa violência para retirá-lo do pulso da vítima, por exemplo, pode valer quatro anos de prisão, se se entender que é roubo, ao passo que o homicídio resultante de um atropelamento por motorista embriagado, tendo descumprido o seu dever de cuidado, por exemplo, pode custar apenas um ano de detenção, com direito a suspensão condicional da pena, conforme se depreende respectivamente dos arts. 157, *caput*, e 121, parágrafo 3º, do Código Penal brasileiro. Do ponto de vista objetivo, porém, é de se supor que a vida vale mais do que o relógio, devendo a lei, para tutelar tais direitos, prever penas proporcionais aos seus respectivos valores. Mas é muito difícil que a lei acerte quando procura estabelecer dados com fundo axiológico, mormente porque trata genericamente (previamente) da coisa.

A individualização judicial também padece desse problema, pois a discricionariedade do juiz supõe os limites da lei, limites estes que podem estar

⁷⁵ Foucault, p. 253.

equivocados. Servo da lei, o juiz não é soberano aos seus desmandos.

Por fim, ainda sob este tema, a chamada individualização administrativa, que é a execução da pena, exige também na execução da reprimenda uma individualização de regras, mas que, na verdade, acaba sendo uma tardia e inoportuna "medida de segurança" que visa um resultado prático e imediato, qual seja a reeducação e ressocialização do criminoso (art. 1º da lei n. 7.210/84, a Lei de Execução Penal). Trata-se aí de um "arrependimento" do legislador, uma busca atrasada de "utilizar" a pena para algum resultado prático, o que apenas revela que o próprio sistema se condena como inútil: Apenar alguém, infligir-lhe um mal, por si só não leva a canto algum. E falar-se em "direitos do preso" diante de um mal que lhe foi imposto é só demonstrar hipocritamente o arrependimento que não se admite. A pena, na sua execução, deixa de ser pena, numa configuração de anulação dos esforços do Direito Penal: Com o cometimento do delito nasce, para o Estado, o direito de punir, mas diante disso nasce igualmente o direito do delinqüente de ser tratado como um tutelado do Estado. Ao mal infligido, o pai arrependido de não ter dado condições de escolha, dispensa mimo ao filho castigado. Ainda que o faça para conforto da consciência das classes que dominam o poder de legislar, o Estado, assim agindo, reconhece que não tem condições de exigir aquilo para o que não deu condições de ser feito.

Entretanto, se o Direito Penal Moderno surgiu com o intuito constitucional de proteger o cidadão do poder – e digo "cidadão", ou seja, o "burguês" – a partir do momento em que, no Direito Burguês, o poder emana do povo, não há como entender a proteção a si de si mesmo. Essa discussão, que não vale a pena reescrever agora, bastando ler Rousseau e Savigny, por exemplo, torna o Direito Penal burguês, moderno, tão intestinamente conflituoso como o é o próprio direito declarado do jusnaturalismo moderno.

Evidente que as medidas de segurança se tornaram penas arbitrárias, mas é verdade também que as penas são medidas de segurança que não têm essa identidade. Na realidade do direito penal há uma identidade, disfarçada entre ambas pela técnica jurídica, que precisa ser exposta.

A profissionalização do Direito é um dos seus maiores problemas, escreveu Habermas na sua *Teoria do Agir Comunicativo*. Está certo: A tecnização do Direito, através da proliferação das leis, afasta o Direito – a principal ciência humana – do

homem, antepondo-se a ele através da burocracia judiciária e jurídica, incluindo-se aí a policial e toda a burocracia estatal. O propósito disso, segundo Max Weber, era livrar o Estado da influência do indivíduo, despersonalizando o poder através de um sistema orgânico que sobrevivesse aos indivíduos que o compunham. Parece que o monstro do Leviatã tem exatamente essa aparência, a de um gigante que engole a todos igualmente, porque todos são iguais perante a lei.

O que se esquece, porém, é que o monstro, apesar de aparentar personalidade própria, é alimentado por homens e estes, no afã de poder, descobrindo que quem tem alimento domina o monstro, escolhem bem como saciá-lo.

Em suma, o Estado não existe, é mais uma ficção jurídica: Quem detém o poder é quem detém a máquina estatal (governo) e é quem imprime-lhe personalidade.

Portanto, o direito positivo precisa mudar. Chega dos velhos manuais. O homem precisa mudar sua maneira cínica de ver as coisas e dizer o que realmente quer: Não há mais necessidade de proteger o cidadão do poder do que de proteger o cidadão e a sociedade dos dejetos desse poder que é alimentado pela própria sociedade.

Em primeiro lugar, é preciso que se diga:

1) o Estado não cumpre o seu papel e por isso não tem condições de punir;

2) as pessoas honestas e trabalhadoras não têm o dever de suportar, à revelia do Estado negligente, as conseqüências da criminalidade decorrente do problema sócio-cultural;

3) os próprios delinqüentes não têm o dever moral (jurídico ainda o têm) de serem expelidos como dejetos, uma vez que antes não lhes foi dada oportunidade de demonstrarem seu valor como pessoa e sua capacidade de agir diversamente (é o caso, por exemplo, de alguém que nunca teve patrimônio e por isso nem sabe o seu valor, não sabendo, pois, respeitar o patrimônio alheio, não sentido obrigação de cumprir o "contrato social", eis que por este não foi beneficiado, pois a lei penal, prevendo a pena como um mal, não foi por ele outorgada contra si mesmo);

4) a tênue diferença a respeito da loucura e da normalidade discutida pela psiquiatria põe por terra reserva que se faz da medida de segurança apenas para pessoas com deficiência mental (quem é tido como louco pode ser menos perigoso do que quem é tido como normal, pois esse conceito segue ideologias e padrões culturais e de outros interesses), o que já é admitido pela lei positiva, por exemplo, em casos de viciados em tóxicos;

5) a questão processual penal, imbuída da crença de que quanto mais formal e burocrático, mais garantida a decisão correta, acaba trazendo inúmeras desvantagens para a resolução de conflitos, quando erige o instrumento à condição de principal;

6) o despreparo dos aplicadores da lei e ocupantes de funções essenciais à aplicação da lei, que volta ao problema da formação educacional dos juristas, que peca pela superficialidade da informação técnica, esquecendo-se que o Direito é, antes de tudo, Filosofia que se desdobra na prática da Verdade como Justiça, sendo, assim, a ciência humana por excelência.

As sugestões antes expostas seguiram esses princípios.

Evidentemente, o ideal seria a desnecessidade dessa preocupação, mas desde que o homem se auto-exilou do paraíso é que a sua decadência se tornou a causa da busca da sua própria salvação, ou, no dizer de Santo Agostinho, é a razão da História. Esta se guiaria pela necessidade do homem, segundo Marx, que exigiria assim a confecção de normas de administração das fraquezas, ou, como já disse, numa "economia", ou mesmo pela questão afetiva abordada por Freud. Mias do que animal, no entanto, o homem tem uma dimensão escatológica, no sentido filosófico-religioso, que precisa ser sempre lembrada quando se faz qualquer coisa a seu respeito.

É real que o ser humano precisa, de modo geral, não de penas, de castigos, mas de oportunidade de se guiar segundo o interesse geral, inclusive o de cada um. Via de regra, não se quer cometer crimes, ao menos quando estes, em si mesmo, representem um mal.

O cometimento deliberado de crimes só se dá quando o fato típico não corresponde à noção de proibitivo categórico, ou seja, de censura moral.

Daí surgem duas situações: Ou injusta é a proibição, ou a pena é um preço que vale pagar. No primeiro caso, errada é a lei, mas, no segundo, também há duas vias:

Ou a pena é pequena em relação ao proveito do resultado do delito, ou o indivíduo é perigoso a ponto de não se amedrontar com a ameaça legal.

Em alguns casos, ocorre que a pena seja pequena e urge torná-la efetivamente um mal. Entretanto, como não há mal que cure, melhor seria transformar esses casos em fato gerador de obrigação de fazer, que nada mais é do que a "utilização" da medida penal como prestação de serviços, quando ao menos a vítima ou a sociedade seriam efetivamente remuneradas.

Se, porém, não é suficiente a ameaça penal, melhor seria que se entendesse o perigo que representa o indivíduo, eliminando-o do meio social, temporária e condicionalmente a eventual recuperação.

A inimizabilidade do "louco" é um equívoco: Inimizável mesmo é quem se sente impune!

Quando o cometimento do crime não é acompanhado da vontade de afrontar a lei, mas apenas de se obter um resultado material, pode haver, em maior ou menor grau, um certo "estado de necessidade" ou até mesmo uma "legítima defesa" ilegal (Ilegal, mas legítima). Nesse caso, mais do que em outro qualquer, o Estado não tem condições de punir: Deve ser estudada a história individual e a cada caso deverá corresponder uma solução; como a lei admite para os inimputáveis em razão da menoridade, poderia ser estendido à maioria. Ou conforme a faixa etária isso se tornaria absurdo?

As penas propriamente ditas, raríssimas nesse sistema, jamais seriam privativas de liberdade, mas sempre de prestação de serviço, para que a ação realmente deliberada de alguém, que não tinha justificativa para isso, seja aproveitada de alguma forma para o interesse social. As privações de liberdade, na verdade, serão sempre tidas como efetivamente funcionam hoje, ou seja, como medidas de segurança.

Tais medidas de segurança terão sempre o escopo imediato de recuperar o delinqüente em ambiente salutar, em vista da sua finalidade teleológica, a segurança social, que se dá antes com a segurança e educação do próprio indivíduo. Por isso mesmo, na impossibilidade de recuperação, ou enquanto isso não se der, a privação do meio social deverá ser observada, contando-se sempre, e de qualquer forma, com o auto-sustento, salvo casos de absoluta impossibilidade. É certo que a sociedade pague, se caso, pela sua própria segurança, sustentando os detentos,

mas, de modo geral, é certo que o próprio delinqüente, até como laborterapia, se auto-sustente e responda por todas as conseqüências do delito. Mostrará para si mesmo, dessa maneira, que pode ser pessoa digna, dignidade essa que realmente impedirá a prática do que é indigno.

Fora isso, medidas procedimentais salutares são a diminuição quanto possível dos tipos penais, sendo que muitas figuras deverão se restringir ao direito civil, inclusive trabalhista, acidentário e previdenciário, ou tributário e administrativo, simplificando-se o processo e a ação da polícia, que se limitará a casos de real necessidade de investigação.

A chamada "pena de morte", que não passa de uma medida de segurança extrema, é abominada. O que se quer é tornar o homem digno, recuperando-o na sua autenticidade. A morte cessa todas as possibilidades e não é possível inserir ou manter isso na legislação, em nome, aliás, da dignidade da própria sociedade. Claro que a dignidade exige não só o afastamento da "pena de morte", mas também a tomada de medidas realmente favoráveis à condição humana.

Finalmente, se perguntarem se é crível todo o sugerido, responder-se-á que todo sistema é falho e pode se tornar no seu revés, como se depreende dos exemplos históricos.

Contudo, o que se sugere está no nível de instrumento. Quer-se um instrumento mais versátil e correspondente à realidade de hoje.

Tudo depende, é óbvio, de quem irá manipular a ferramenta. Poderá aperfeiçoá-la ou utilizá-la para fins contrários dos para os quais foi idealizada.

Nada justifica o momento atual do direito penal, onde a pena só serve, segundo Foucault, escondendo um "fracasso aparente", para afastar os indesejáveis, pelo instrumento da "ilegalidade", já que não há "natureza criminosa", mas jogos de força que, segundo a classe dos indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão.

Não é possível ainda atingirmos um ponto otimizado com o qual sonhou Radbruch, dentre outros, como reconhece Zaffaroni, pois bem ou mal, a lei penal evita que a clandestinidade no trato do delinqüente se oficialize⁷⁶ na forma da chamada lei de Lynch.⁷⁷

Acrescentaria apenas que é falsa a segurança da temporariedade da pena prevista na lei, pois é na esperança que está a possibilidade de adestramento e

76 Zaffaroni, conclusão final, p. 280/281.

77 Daí o termo *linchamento*, que significa fazer justiça pelas próprias mãos, ou melhor, vingança particular clandestina.

controle.

OMOGÊNESE: ÉTICA, POLÍTICA E DIREITO

Todavia, as mãos de um dos homens já estavam sobre a garganta de K., enquanto o outro introduziu o facão profundamente em seu coração, torcendo-o duas vezes.

(Franz Kafka, *O processo*, final)

ÉTICA E MORAL

Dois conceitos afins e que, no entanto, não se confundem, são o de "Ética" e de "Moral". A primeira é mais abrangente do que a segunda e a condiciona.

A Ética não tem regras e é imutável como o SER. Permite a "eqüidade" e o perdão em face do fim preconizado como "BEM". É portanto, teleológica, visando resultados concretos que é a realização do Bem. Nisso se aparenta com a Justiça, como "*ética de resultados*".

A Moral, por sua vez, é relativa, pois se constitui de regras de costume e é condenatória. Exige a observância de regras ainda que no âmbito da sanção categórica e não hipotética.¹

A mutabilidade da Moral, ou seja, das regras morais no espaço e no tempo, devido a sua característica de costume, se dá exatamente pela necessidade de adaptar-se sempre à idéia de Bem, própria da Ética, sem a qual torna-se injusta. Por exemplo: um costume do tipo bigamia, por mais que seja "moral" em determinada cultura, se oprime a mulher, não atinge o ideal de Bem e é, portanto, antiético. Com o tempo, em vista da necessidade prática de um resultado de Bem, esse costume acaba se adaptando. Passa a ser aquele costume já não mais aceito.

Dessa maneira, a Moral, que é conservadora de princípios, acaba abrindo mão para a realização de algo prático, o Bem.

Diante do campo jurídico, outrossim, podemos dizer que é a Moral que dá eficácia ao Direito, mas tanto quanto ela mesma, o Direito só se legitima, do ponto de vista geral, com a permissão de realização do Justo.

Portanto, apenas na medida em que um costume é ético é que poderá dar efetivo suporte ao direito positivo.

A Moral, com efeito, é o primeiro passo, como valor, para apreciação de fatos e

¹ Nesse sentido, os conceitos de imperativos categórico e hipotético, em Kant.

constituir-se normas, sejam as gerais, sejam as particulares contidas nas decisões judiciais.

Como, porém, a Moral está imbuída sempre de ideologias ou interesses, inculcados através de instituições sociais⁴ como a família e a escola, incluindo-se aí as meramente políticas e político-religiosas, como fonte do Direito que são os costumes (morais), tendem a condicionar a legitimidade das leis jurídicas como imperativos hipotéticos, mais do que o contrário, como pretende Habermas, ou seja, que as leis podem forjar costumes.

Portanto, se a Moral legitima o Direito, e, pois, a vida social segundo normas, só o fará a contento se ela própria se pautar pela Ética, isto é, mais do que costumes, proporcionar condutas *ad hoc* em busca da realização do Bem. A única regra da Ética, portanto, é não ter regras senão a busca do Bem.

Segundo Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, a Ética busca virtudes, mas dentre as virtudes, a suprema é a Justiça, pois diz respeito aos outros. Assim, pois, mais do que o bem qualquer, a Ética busca o Bem comum, mesma meta da Política, que é a "arte de promover o bem comum".

Na Ética, assim, a noção de Justiça adquire a única possibilidade de realização como "Justiça Social".

NATUREZA DO SABER E SABER DA NATUREZA

Aristóteles distingue dois tipos de saber: o saber moral e o saber técnico. O primeiro não se aprende, portanto não se desaprende, mas o segundo se aprende e se desaprende. Ou seja, o saber moral diz respeito à natureza e tudo o que nasce com o homem. É a intuição. Já o saber técnico, aquele do artesão ou do técnico, é o que se aprende, é a técnica. Porque se aprende? Porque foi inventado pelo homem e, portanto, é fruto da conveniência de um lugar e momento, podendo mudar. Faz parte do relativo. Leva em conta o método como projeto.

O saber moral, diríamos, o "saber da natureza", não muda nem no tempo e nem no espaço, pois está acima da vontade do homem e, portanto, diz respeito às leis naturais.

Ocorre, porém, que o próprio saber técnico não deixa de ser moral no sentido ético de ação conforme o saber, mas só que este sim já é constituído, como técnica,

segundo um saber moral anterior. É por isso que o saber técnico não pode jamais suplantar ou contradizer o saber natural. E se o saber técnico é constitutivo, isto é, pode criar situações, o saber natural apenas contempla o que já é por natureza.

Podemos dizer, em suma, que o homem tem história, porque ele faz e desfaz, ao passo que a natureza, como SER, não muda. Mas é da natureza o homem ter história, de modo que, também é da natureza o *homo faber* assim como o *homo sapiens*.

Podemos resumir assim:

- *saber moral* é o *filosófico*, que diz respeito ao SER, a Essência, e se a Essência não muda, o saber filosófico também não muda. Não há progresso no saber filosófico, pois refere-se ao imutável.

- *saber técnico* é o *epistemológico*, que diz respeito ao accidental, ou seja, àquilo que muda. Refere-se às ciências particulares, e com elas pode mudar, havendo o que se constata nas ciências como "progresso" do conhecimento.

Quando trabalhamos com as chamadas ciências particulares, a divisão parece clara, mas quando trabalhamos com ciências essencialmente filosóficas, torna-se cada vez mais difícil separar o conhecimento do essencial e do accidental, pois este, via de regra, diz respeito apenas à conveniência ou interesse, dando margem à ideologia, que só o conhecimento filosófico detecta.

No Direito, por exemplo, pode-se dividir o saber em "*saber o justo*" e em "*saber o técnico*". Este apreende a tecnologia jurídica, que varia no espaço e no tempo, conforme a conveniência cultural, enquanto aquele se confunde com a própria filosofia do direito ou essência como Justiça.

Se, porém, na Física, a vontade não consegue revogar a lei da gravidade, na ciência jurídica há a ilusão desse poder. A sociedade, contudo, pode ser entendida como organismo e, então, com peculiaridades naturais que devem ser observadas.

O tema da "corrupção", entendida esta de forma ampla como descaminho da conservação dos princípios e busca dos fins, tem sido preocupação concernente ao tema da "política", influenciando, por sua vez, na postura jurídica, já que nesta é que se particulariza o mandamento geral político. A "justiça" tem, portanto, conotação "política", pois é a realização, no caso a caso, dos princípios escolhidos no momento político.²

A "corrupção" se caracteriza, outrossim, pela busca de interesses individuais

2 Sobre a *Justiça Política* em Aristóteles, conferir *Ética a Nicômaco*, L. V, n. 7.

(pessoais ou de grupos), inclusive econômicos ou ideológicos, que não são tutelados pelo ordenamento jurídico. É "perversão" ou "desvio".

O tema da corrupção preocupa de perto a ética, como vislumbramento de condutas conforme valores, pois se a ética se caracteriza por "normas de conduta", a política se caracteriza como a conduta mediante normas, como observa Michelangelo Bovero.³

Ética e política se complementam, pois a ética é a busca do bem, enquanto que a política é definida classicamente como a "arte do bem comum".⁴ Ambas se afinam na busca do bem como fim último.

O assunto, no entanto, não é pacífico. Norberto Bobbio salienta que há, basicamente, quatro teorias a respeito da relação ética-política, quais sejam, os monismos rígidos e flexíveis e os dualismos aparentes e reais, mas que apenas este último encontra respaldo histórico.⁵

O monismo rígido diz que não há contraste entre Ética e política, com duas versões: ou a política se reduz à ética (Erasmus, na obra "A educação do príncipe cristão"), ou a ética se reduz à política (Hobbes).

O monismo flexível, por sua vez, embora não admita diferença entre política e moral, admite a "teoria da deroga", segundo a qual pode haver exceção à lei, pois "os fins justificam os meios".

Enquanto isso, o dualismo aparente salienta apenas que moral e política são diferentes, de modo que ou a política precede a moral, isto é, a condiciona (Croce), ou, ao contrário, a moral precede a política, condicionando-a (Hegel), e o dualismo real, também pregando a diferença entre ética e política, oferece duas opções: uma "ética de princípios" ou uma "ética de resultados".

O liberalismo surgido da preocupação humanista moderna, combate o absolutismo dos sistemas políticos, surgindo dessa corrente de pensamento importantes pensadores de filosofia política e de direito constitucional.

Como o dualismo real é a única teoria plausível para os liberais, buscam estes uma ética de princípios contra uma ética de resultados, mas, de qualquer forma, partindo do princípio de que ética e política não são essencialmente idênticas.

Por isso, conclui Bobbio, que a história da vida moral e a história da vida do

3 Ética e política tra machiavellismo e kantismo, in *Teoria política*, IV, n. 2, P. 43-63, 1988.

4 Aristóteles, cit., e *Política*, p. 7-14.

5 Cit.

Estado são duas histórias paralelas, sendo que o herói da vida moral é o santo que vai ao encontro do martírio para salvar o princípio do bem (são os justos), enquanto que o herói político é o homem da história universal de Hegel, o cabeça carismático, o governante responsável, que salva ou crê salvar o próprio povo, ainda que a preço de extrema crueldade (são os potentes).

Hegel, que lembrou do Teseu de Maquiavel, o herói que viria salvar a Itália, como protótipo do herói para a Alemanha, faz com que aflore a lembrança dos episódios históricos ocorridos por causa de líderes carismáticos, tal como no recente fascismo europeu.

No campo da filosofia política, M. Bovero fez um estudo sobre "ética e política entre Maquiavelismo e kantismo",⁶ onde concluiu que uma ética é possível na conduta da política, bastando escolher entre uma "ética de princípios" e uma "ética de resultados". Para Kant, a moral se guia pela autonomia (o indivíduo mandando em si mesmo, ou seja, o imperativo categórico), e a política se fia na heteronomia (o indivíduo diante dos outros indivíduos, ou seja, o imperativo hipotético). Aqui já se vislumbra a diferença entre "ser" e "dever-ser", entre direito e moral. Entretanto, ambos os imperativos não se excluem, uma vez que as normas coletivas e individuais são convergentes, já que normas coletivas nada mais são do que normas dadas por todos e portanto, por cada um, a si mesmo. A legitimidade é o fundamento ético do poder político.

Por isso é que apenas se olhando de uma perspectiva maquiavélica, ou seja, "ex parte principi", é que ética e política não convergem, mas se olharmos de uma perspectiva "ex parte populi", kantiana, moral e política convergem.

Para C. Schmitt, para o qual política significa conflito, político é o estrategista, mas para Platão, segundo o qual política é ordem e composição do conflito, o político é o tecelão que compõe a ordem pública.

Ora, como é que esse tecelão fia a ordem social?

Segundo Max Webber, o Estado é o "monopólio da força legítima", na citação feita por Bobbio num ensaio cujo título é *A teoria do Estado e do poder em Max Webber*.⁷ Nesse caso, continua Bobbio, a legitimidade constitui e continua a sustentar os comandos do poder, podendo ser chamada também de "justificação interna da obediência".

6 Norberto Bobbio, A teoria do Estado e do Poder em M. Webber., In: *Ensaio escolhidos*, p. 157-184.

7 Cit.

O poder legal, para Weber, ao contrário do poder paternal, de origem divina, e do despótico, é impessoal e ordinário, obedecendo, pois, ao princípio da legalidade, sendo que a impessoalidade se dá através da burocracia.

Como o governo de homens (pessoal) leva ao despotismo, deve-se reger a sociedade por um governo de leis, o qual, despersonalizando o poder, afastaria, enfim, o interesse pessoal que gera a corrupção.

Mas porque obedecer as leis? Porque se recorre ao acordo dos interessados, representado pela autoridade legítima. E a sua legitimidade se baseia em quê? Baseia-se na "justificação íntima" que está na própria lei, ou seja, nos VALORES que tutela (é a "justificação interna da obediência"). Portanto, para Weber, a racionalidade formal e a racionalidade material, de conteúdo da norma, se confundem!

A racionalidade do direito foi buscada incessantemente pelo pensamento burguês, cujo Estado foi bem delineado por Max Webber, afastando o poder pessoal e construindo o artifício da burocracia e da legalidade.

A comparação com Kelsen vem de pronto, quando nos socorremos de Bobbio novamente, no ensaio "Kelsen e M. Weber".⁸

Do mesmo modo que Weber buscou um sistema legal que justificasse por si mesmo, Kelsen também quis fazer valer uma "teoria pura do direito", onde se afastasse o direito de qualquer valor que o comprometesse, purificando-o dos interesses. Queria "uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto."⁹

A diferença entre Kelsen e Weber se refere à validade que ambos procuram para o ordenamento jurídico: Kelsen prevê a validade ideal, da própria norma, ao feitio do jurista, enquanto que Weber, sociólogo, se volta para a validade empírica, oculta no fato, vale dizer, no fato social. Isso significa que ambos têm uma posição positivista, mas Kelsen é de um positivismo ideal, pois elabora o direito através da norma (Estado é o Ordenamento Jurídico), enquanto que Weber se acomoda num positivismo empírico, onde a norma apenas reconhece e explicita os fatos, constituindo-se eles mesmos nos seus valores impulsionadores (o Estado se legaliza).

⁸ Hans Kelsen, no prefácio à primeira edição da *Reine rechtslehre*.

⁹ Cit.

Em suma, Kelsen quer um "direito puro", sem influência de valores ou interesses, sem ideologias, ou, como escreveu, quer "elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito",¹⁰ ao passo que Weber entende que a norma já vem politizada, legitimando-se pelo próprio valor que tutela, que se incorpora nela mesma, eis que forma e conteúdo se confundem.

Em ambos, porém, há um positivismo, seja na antecedência ou na consequência, onde se rege a sociedade pelo império da lei. Afinal, como exclamou Platão indagando, "não se pode ser mais sábio do que a lei?"¹¹ E nisso não se afastam, mas, ao contrário, revelam uma raiz comum em Kant, o qual procurou conciliar no seu famoso "criticismo", o racionalismo cartesiano com o empirismo de Hume.

Com essas idéias, o mundo liberal se tornou um mundo "legalizado", acabando os parlamentos por se tornarem verdadeiras fábricas de leis, esquecendo-se o princípio antigo que recomendava, como segredo do bom governo, que se trabalhasse como poucas e boas leis.

A codificação generalizada levou a um problema hermenêutico na aplicação do direito, sem precedentes. Perguntou-se categoricamente se deveria prevalecer, afinal, a vontade da lei ou a vontade do legislador, pois a prática judiciária, momento em que se transforma a lei geral em uma decisão judicial, aplicando-se a um caso concreto e tomando força de lei particular entre os contendores, revelou ter também conotações de vontade que muitas vezes joga por terra todo um trabalho legislativo.

Na verdade, a questão acerca da vontade da lei ou da vontade do legislador é um falso dilema. Trata-se sempre da vontade do juiz, pois para se descobrir qual é a vontade da lei ou qual é a vontade do legislador, é preciso uma interpretação onde a exegese não basta. Sob o manto da exegese, ou da lei clara que não exige interpretação, há apenas uma vontade política em ascensão. É preciso distinguir esse interesse que condiciona uma certa ética na aplicação do direito e que, muitas vezes, é uma negação da ética, na diferenciação entre o "ser" e o "dever-ser". Esse "dever-ser", que se diz a vontade da lei ou a vontade do legislador, encobre apenas uma vontade que muitas vezes é um desvio interessado do "ser" e, nessa medida, é

10 Platão, no diálogo *Político*.

11 Conferir acima o conceito de *corrupção*.

uma forma de "corrupção".¹²

Conclui-se, portanto, que o dogmatismo ou o normativismo exacerbado não são solução para a "purificação" da política ou do direito. Ao contrário, o princípio da legalidade, se parece proteger da insegurança, também permite a seleção de condutas típicas e de seus autores característicos, possibilitando o direcionamento da lei como instrumento de poder contra determinados segmentos sociais, já que é um princípio que leva em conta a vontade na formação do direito positivo, negando a ontologia do justo. É consequência, sobretudo, da dicotomia "ser" e "dever-ser", "direito" e "moral".

Mas, a ética, como moral, remete ao conceito de natureza. O "dever-ser" só pode ser o que é. Direito é moral ou não é direito. Nesse sentido, o ator político-legislativo, mais do que fazer leis, deve argumentar para a formação da condição política:¹³ todo indivíduo deve participar da construção da "polis" da qual poderá, então, desfrutar. O juiz, por sua vez, não pode ser um técnico, ou, nas palavras de Max Weber, um burocrata e mero funcionário do Estado, escravo do despotismo legal, mas um ser que se expressa, um fazedor da "arte do bom e do justo" conforme Celso definiu o direito, e que através da argumentação e só através dela, constitui a autoridade de quem é justo. Como recomenda Aristóteles, o juiz deve ser "uma espécie de justiça animada", um "mediador" que "restabelece a igualdade".¹⁴

Uma pergunta que se poderia fazer aqui se refere à questão da segurança jurídica, refletida na norma, contratualmente entendida. Ora, a segurança proporcionada pela lei dogmática é apenas aparente, pois seguindo o velho ditado "ao inimigo, a lei", esta pode ser mudada à vontade, pelo poder ou, através deste, pelos interessados. Se uma lei proíbe certos gastos do governo, por exemplo, este usa de suas influências junto ao poder legislativo e consegue mudar a lei. Sempre a realidade sofrendo a influência idealista da lei, não passando esta de instrumento da vontade de alguns que detêm o poder. Afinal, que contrato é esse que pode ser mudado a qualquer momento por um dos contratantes? Nisso não há segurança alguma, senão para aquele que pode manter o controle legislativo. Nada mais imoral!

12 Aristóteles, *Política*, 1325a, *Ética*, L. I, n. 13

13 *Ética*, L. V, n. 4.

14 *Idem*, n. 1.

Ao contrário, no entanto, a implantação de uma decisão geral num caso particular, é uma necessidade e dela não se pode fugir. O que se prega, é que não se force converter a realidade à lei, mas ao contrário, a lei é que deve se traduzir numa decisão concreta para um caso concreto. Trata-se de uma questão hermenêutica e assim deverá ser estudada.

A justiça, o supremo bem, não é só uma virtude, mas a própria virtude¹⁵ e, assim, objeto da ética, é o próprio fim da política.

Para nos guiarmos nos trilhos da justiça, sem "desvio", sem "corrupção", é preciso indagar sobre o homem, destinatário de toda ação política. Usando o conceito de Heidegger,¹⁶ poderíamos começar por entender que o homem é não só o indivíduo, mas o ser que tem por característica o próprio se fazer no tempo e na história. Autenticidade significa isso: tornar-se o que se é, ou mais simplesmente, no campo político-jurídico, deixar-se a possibilidade de realização da pessoa, pois nisso consiste a sua dignidade.

Política sem ética é impossível, pois ambas miram o bem, que se converte, na prática política, em justo. A política e o direito, para serem "éticos", para serem expressão do justo, devem promover o homem à condição de homem, possibilitando o gozo da dignidade. O político, ao forjar o princípio jurídico na lei, e o juiz, ao aplicar esse princípio a cada caso, não podem apenas agir silogisticamente, mas devem compreender sobretudo o destinatário do ato político-jurídico.

A verdade, ou seja, a justiça, não está nem na norma abstrata, nem no fato social por si mesmo, mas este, diante do princípio jurídico, vem reclamar uma providência sábia com o nome de "jurisprudência".

Direito e política devem se guiar por um único interesse, que é o da verdade que se desvela no homem. Esse é o supremo valor, o supremo bem ético-político: o ser humano e sua condição humana.

Volta-se, portanto, à questão da universidade e da formação do "jurista", isto é, do juiz e de todos aqueles que estão envolvidos na problemática da "providência jurisdicional", mas o Direito como "resistência", na conceituação liberal, pode atribuir novamente ao papel de dizer o direito um atrelamento contrário à Hermenêutica, devendo, por isso mesmo, ser estudado cuidadosamente.

15 Idem, n. 7.

16 Conferir *Ser e tempo*.

DEMOCRACIA E LIMITAÇÃO DE PODER

Segundo Manuel Gonçalves Ferreira Filho,¹ o problema fundamental do Constitucionalismo é o da limitação do poder estatal, cuja tendência para o poder absoluto decorre do entendimento de Soberania como poder que não reconhece superior. Dessa maneira, o tema proposto neste trabalho é não só um tema clássico, mas o tema do próprio Direito Constitucional.

Com o hiato que o separou da Antigüidade, o Estado se tornou absoluto com o fim da sociedade medieval pluralista (no sentido de que o direito provinha de fontes diversas), tornando-se ele próprio a única fonte do direito e, assim, desconhecendo limites, ou seja, outras fontes de direito que tivesse que respeitar. Pode-se registrar que o seu maior mentor, o inglês Thomas Hobbes, mas , o Maquiavelismo que acaba por destruir os outros limites, não jurídicos, tais como o moral e o religioso, tornando a Política amoral, e gerando a chamada "Teoria da razão de Estado", segundo a qual, o Estado tem razões que o indivíduo desconhece e que não lhe dizem respeito.

Dessa maneira, surge a reação natural a esse tipo de prática política, primeiro na Inglaterra, como melhor berço de recepção, inclusive das novas idéias reformistas, eis que naquele país a Monarquia não era tão absoluta, fazendo-se surgir deste logo, os pensamentos de ordem liberal e democrática.

Depois da Guerra Civil inglesa, sacudiu-se novamente a própria França, onde já haviam se registrado as guerras religiosas, acabando por estourar a Revolução Francesa e, assim, proclamando-se vitoriosa a Teoria Iluminista do Liberalismo Individualista. Quando se fala atualmente em Democracia, leva-se em conta, sobretudo o conceito de Constituição e Constitucionalismo como instrumento de limitação do poder.

O sentido clássico de Constituição, como decorre dos cursos de Direito Constitucional, é o da Constituição-Garantia, ou seja, em geral um documento escrito e solene (embora a própria Inglaterra assim não a conheça), superior às leis, e que estabelece a organização limitativa do poder.

Já o conceito de Democracia, que se coaduna com "governo do povo", na

1 Curso de direito constitucional ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Antigüidade do mundo grego, como demonstra Aristóteles ("Política"), difere um pouco, inobstante o conceito de Constituição também se refira ao ordenamento de uma cidade quanto às suas diversas funções de governo. Dessa forma, a razão de ser do Estado, para o filósofo político da Antigüidade, era que os homens, ainda que não precisassem, desejavam viver juntos e a autoridade que decorria da vida em comum, para gerir o que dizia respeito a todos, deveria ser exercida no interesse dos que obedecem, ou no interesse comum a ambas as partes. Sabia, entretanto, que nem sempre era assim. O próprio Estagirita aponta para o fato de que muitos se apegam ao poder, seja pelas vantagens que podem obter com as rendas públicas, seja com as vantagens que obtêm com o exercício das funções públicas. Ao contrário, porém, tinha que a boa constituição é a que é estruturada de conformidade com os princípios essenciais de justiça.

Democracia, para Aristóteles, estava inserida numa classificação de três modos de governo, porém, como desvio de um deles: a Monarquia, que , o governo de um, pelo bem de todos, a Aristocracia, que é o governo de alguns melhores, pelo bem de todos, e o Governo Constitucional, que é o governo da maioria, pelo bem de todos. Se a Tirania é o desvio da Monarquia, ou seja, o governo de um pelo seu interesse pessoal, a Oligarquia é o desvio da Aristocracia, ou seja, o governo de alguns, pelo seu próprio interesse, quer dizer, dos ricos, e, finalmente, a Democracia é a forma desviada do Governo Constitucional, onde governa a maioria, que é pobre, no seu próprio interesse.

O que mais se coaduna com o termo Democracia no sentido em que falamos é, pois, o que Aristóteles chama de Governo Constitucional. Democracia, portanto, como governo do povo, significa o governo de todos, ou como diria Rousseau, da "vontade geral". Esse governo não seria dirigido conforme interesses de parte, mas se destinaria igualmente a todos.

Evidentemente que, exceção feita à Antigüidade, na Grécia, e em alguns cantões suíços, a Democracia tem sido representativa, ou seja, não é exercido o poder diretamente pelo povo, mas através de representantes. E nesse sentido, está ligada a Democracia moderna ao princípio aristocrático de governo, eis que o povo escolhe aqueles que melhor poderão prover à coisa pública. São alguns cuidando do que é de todos, mas com o intuito de dirigir o poder para o bem de todos.

Surge, então, mais uma vez, a discussão a respeito da "representatividade" e a

delegação de poder. Hoje, como também, se acentuou no curso, vem sendo mitigada a chamada democracia representativa, seja pela participação popular direta, seja pela opinião pública expressa através, da mídia, que faz com que os representantes do povo dêem atenção aos seus eleitores, surgindo a chamada "representação expressão", que carece de autonomia em relação ao delegante do poder.

De qualquer modo, durante a trajetória histórica do Constitucionalismo, desde o século XVIII, sempre se deparou com o problema da limitação de poder, porque havia se tornado afastada a hipótese de exercício direto do poder. Havia que se estabelecer um meio de impedir o abuso de poder, agora, inclusive, dentro do próprio sistema do Estado Moderno.

Aristóteles já havia se deparado com o problema, quando colocava que um governo de leis não resolvia a questão. Entretanto, o Estado de Direito, ao contrário do Direito Natural, acaba ditando um "governo de leis" e não de homens, justamente por temer as vicissitudes e paixões humanas, inspirado no culto à Razão, que caracterizou a época. Dessa forma esperava-se garantir os direitos proclamados, ou seja, limitando-se o poder.

O Estado de Direito faz surgir três princípios, quais sejam, o da legalidade, que é um princípio de liberdade (fazer ou deixar de fazer em virtude de lei), o da igualdade (fim dos privilégios, e igualdade de tratamento para os iguais) e o da judicialidade (que se traduz no princípio do processo devido).

Longe de resolver o problema, com o advento do chamado "positivismo jurídico" no século XX, o Estado de Direito se converteu num "Estado Legal", recordando-se que, segundo o primeiro positivista - e teórico do absolutismo! - Thomas Hobbes, o que faz a lei, a autoridade e não a verdade. Por outro lado, confundindo-se razão de conteúdo com razão de forma (a lei por si mesma já elegeu seu valor), passa-se de um positivismo que, no seu início liberal se pretendia empírico e sociológico, para um positivismo cético à verdade empiricamente constatada ou mesmo nos moldes metafísicos, restringindo-se ao idealismo das formas, onde a verdade é só formalmente lógico. Por isso é que se passou, pouco a pouco, de "direitos naturais" do Homem (no século XVIII) a "direitos fundamentais" do Homem (na atualidade). Outra vez, o oposto se converte no seu contrário!

A consciência desse problema faz procurar resolvê-lo através de três maneiras

diferentes:

1. A teoria dos Direitos Naturais (jusnaturalismo) proclama um limite externo ao poder do Estado, que são os direitos naturais do indivíduo, relativa ao Estado Liberal;

2. A teoria da Separação de Poderes, por sua vez, conta com limites internos ao próprio Estado, quebrando os poderes inerentes a ele, numa forma de balança ou equilíbrio de poderes e corresponde ao Estado Constitucional propriamente dito;

3. As teorias da soberania popular ou democracia, por fim, visam alcançar a participação de todos os cidadãos, mudando a titularidade do poder do Estado para a "vontade geral" (Rousseau), pois este pertence ao povo, que jamais usar o poder contra si mesmo.

Pode-se dizer, no entanto, que a primeira não é suficiente, porque sendo o direito de resistir à ordem injusta um direito natural, não é reconhecido pelo Estado e nem por ele garantido, restando apenas a resistência coletiva ou a revolução.

Quanto à teoria Rousseauniana, acaba por se confundir com o seu oposto, Thomas Hobbes, uma vez que democracia absoluta, absolutismo de alguma forma: se resistir vontade geral, resistir a si mesmo, não há como resistir. Nesse mesmo sentido, parece-nos oportuno lembrar de Savigny e seu "volksgeist", que também acabou descambando para uma interpretação positivista do direito, tornando o homem escravo da lei.

A Separação de Poderes, por fim, pregada por Montesquieu, em "L'esprit des Loix", é uma forma de limitação de poder caracterizada pela quebra do poder internamente, funcionando como um sistema de "freios e contrapesos", distribuindo-se o poder e a competência de fiscalização recíproca dos órgãos que o detém. Como disse o famoso pensador político, "o poder reprime o poder". Na Inglaterra já se registravam práticas inerentes à separação de poderes, das quais Montesquieu se inspirou, e antes mesmo, já na Roma Antiga, se pode deparar com esse mecanismo de freio do poder absoluto e concentrado. Ocorre que, ao contrário de sua preocupação, eminentemente política, os juristas acabaram por transformar a separação de poderes em uma separação de função, resultando nos conhecidos "três poderes", cuja separação, plena apenas nos regimes presidencialistas. E hoje, entretanto, o que se percebe, é a preponderância do Executivo, como Governo que é e devido às atuais funções do Estado. Registra-se, inclusive, que a Constituição

Francesca de 1958 abandonou o termo "separação de poderes" e sequer fala em "Executivo", "Legislativo" e "Judiciário", mas em "Governo", "Parlamento" e "Justiça", tendo o Parlamento a função de fiscalizar o Governo, que detém a função de legislar, à exceção de leis, cujas matérias, no entanto, são mínimas.

No Estado Constitucional moderno, pregava Rousseau, o homem civil é livre porque obedece a leis que dá para si mesmo. É a liberdade como autonomia, ao contrário do que diz a teoria do Estado Liberal, que pretende o menor número de leis possível. No entanto, a liberdade dos antigos, a de participação (Benjamin Constant), é aqui alvo de recordação. O Pluralismo, que de início foi afastado pelo Liberalismo essencialmente individualista, acabou vingando. O direito de associação que a ele corresponde, é hoje consagrado, entendendo-se que estas associações, como forças supra-individuais, dariam mais condições de se opor ao poder, enquanto que o individualismo tenderia ao despotismo da maioria, segundo Tocqueville. Atualmente, os partidos políticos e os grupos de pressão, além de grupos naturais reconhecidos, têm exercido suas forças participativas e conseguido influir sobremaneira na gestão estatal.

É certo que Aristóteles preferia um governo misto de democracia e oligarquia, nos moldes aristocráticos, pois não confiava na capacidade do povo de escolher. Para ele, a influência dos "demagogos" era grande e a soberania popular acabava sendo a expressão da vontade desses políticos aproveitadores. Esse misto de democracia e oligarquia, ou mais propriamente aristocracia, então, era o que chamava de Governo Constitucional. Mas é correto dizer também que democracia plena nunca se viu, eis que a participação de todos, indistintamente, no processo político é impossível. A própria forma de governo constitucional que hoje exercemos é, no fundo uma oligarquia, se consideramos que a possibilidade de participação direta e efetiva de todos é impossível. Trata-se, como o próprio Aristóteles diagnosticou, de uma questão cultural e econômica. Foi ele quem disse que os demagogos se antecipam sempre à vontade popular e foi também, ele quem assegurou, como é sabido, que a pobreza excessiva das massas é a causa maior da fragilidade das democracias,² sendo que o governo ideal se dá onde a classe média, o maior número, isenta de cobiçar e de ser cobiçada, como não são os pobres e os ricos!

Resta-nos, porém, uma derradeira forma de limitação do poder, que hoje vem

² Conferir Aristóteles, *Político*, p. 212.

sendo aplicada: É a da "Descentralização Política". Esta, ao contrário da forma funcional da separação de poderes, quer dividir espacialmente o poder. Suas duas modalidades são o "localismo" e o federalismo".

O Localismo enfatiza o poder mais próximo dos indivíduos, como é o caso do Municipalismo, em detrimento dos que estão mais ao longe, centralizados, ao passo que o Federalismo, que surgiu de um conceito de Direito Internacional (aliança entre estados para um fim comum), acaba sendo, ao inverso, o estabelecimento de "estados" dentro do Estado, a fim de deter o Poder Central. É o chamado "federalismo por segregação".

Certo é que não há maneiras perfeitas de se impedir o abuso de poder, uma vez que a dominação do homem pelo homem sempre ser uma tentação, como nos mostra a História. De qualquer modo, e novamente recordando Aristóteles, a função do legislador – diria, também do jurista – é procurar uma maneira de uma comunidade participar de uma vida melhor. Isso, como se vê, tem sido a preocupação central dos Constitucionalistas, que não se cansam de estudar meios de tornar o Poder apenas um Bem.

A volta a antigas prática abandonadas em face do entusiasmo do novo, entretanto, parece ser uma das vias a serem percorridas.

A partir do Curso de Direito Constitucional do prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, elenca-se o que se chama de "tendências" do Direito Constitucional, com efeito:

a) a participação de todos, que se caracterizou como sendo a liberdade dos antigos;

b) a mitigação da democracia representativa, através, s da chamada "Mediacracia" (era da comunicação de massa);

c) supremacia da Constituição como Constituição-Garantia;

d) desvalorização do princípio da Legalidade em favor de um governo de fins, a "Telocracia";

e) ênfase do pluralismo;

f) superação da forma clássica de separação de poderes por fórmulas mistas, sendo o Executivo o governo, o Legislativo como controle do governo e o Judiciário experimentando maior atuação política;

g) tendência à descentralização, ou seja, abandono do gigantismo centralizador

do poder, para o "localismo", além de regredir-se do "federalismo" para uma política global de interesses.

Dessa análise, parece correto dizer que aquilo que se perdeu com o crescimento e com a complexidade do mundo, acabou-se por readquirir através da evolução tecnológica, que trouxe de volta a dimensão de aldeia, ou, em termos jurídicos, dos grandes Estados o retorno às cidades-estado, certamente o futuro do planeta, já chamado "aldeia global", assim como, numa dimensão microcós mica, o fracionamento do Estado nas suas células vitais, como querem alguns, os Municípios.

Os mecanismos de limitação de poder, numa situação que se digne democrática ou constitucional, vêm sendo aperfeiçoados ou abandonados assim como outros estão surgindo, numa mostra de que o Direito Constitucional, como estudo da cidadania (o "direito a ter direitos"), é o que mais deve tomar a atenção dos juristas.

EVOLUÇÃO DA QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS

INTRODUÇÃO

Diante da questão política, retomada pelo Constitucionalismo, que tem por objetivo a limitação do poder, com o intuito de promover a defesa dos direitos do cidadão, parece-nos de bom alvitre recapitular a história da evolução dessa questão.

CONCEITO

O termo *direitos humanos* é redundante, uma vez que os *direitos* são sempre *humanos*. O sentido aqui empregado significa, no entanto, direitos fundamentais, naturais ou essenciais à existência.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A evolução dos chamados *direitos humanos* coincide com a própria história da humanidade, já que, como foi dito acima, são direitos fundamentais da humanidade.

Em sentido estrito, porém, podemos dar a Revolução Francesa como marco histórico da evolução dos direitos humanos e, daí, ser esse evento o marco histórico da denominada Idade Moderna.

O movimento revolucionário deu-se, em suma, contra o Feudalismo exercido, sobretudo, por barões e bispos, quando, com as chamadas terras fora de comércio, acuavam a crescente burguesia e suas *Corporações de Ofícios*. Concorrem para isso a peste negra e o choque de classes (século XIV).

A Burguesia caracteriza-se pelo capital, que os artesãos acumulam e através do qual exercem influência política. A isso corresponde a decadência dos senhores feudais, da nobreza e do clero, o que significa terra livre para venda.

Consideravam-se “três estados”: 1º) Clero; 2º) Burguesia; 3º) o resto (este, no entanto, e inobstante a menor importância política, era o que tinha maior

importância econômica, pois sustentava a economia).

Pensadores como Copérnico, Galileu, Newton e Descartes, com suas descobertas, além de eventos como a Reforma, acabavam por contribuir para que o pensamento se libertasse de um padrão ideológico imposto, ao mesmo tempo em que permitiam atividades econômicas livres que possibilitavam o lucro.

Era o tempo das navegações, com Fernão de Magalhães, por exemplo, descobrindo novas terras, desafiando a visão medieval da Geografia.

Ao mesmo tempo, os chamados *iluministas* começam a pregar a razão que ilumina, ao contrário da fé medieval, da chamada idade das trevas, libertando o Direito do jugo teológico da vontade de Deus e gerando um jusnaturalismo de cunho meramente racional.

A Revolução Industrial, por sua vez, com máquinas pela primeira vez fabricadas, contrapõe a dinâmica moderna à estática medieval.

O Direito está ao lado da liberdade (o estado natural do homem) e *Liberalismo* significa liberdade como igualdade, ambas parte da natureza do homem, ou seja, direitos naturais. Ou seja, se a Lei é igual para todos, ninguém domina! Este é o “Contrato Social”.

A Economia Política é elaborada pelos fisiocratas, entendendo a Economia Liberal com base na Física, ou seja, na natureza. O Estado, nesse caso, é o guardião da propriedade e garantidor da liberdade econômica.

Obviamente, acontece a resistência da Aristocracia, que não quer perder seus privilégios, gerando a Revolução. Mas a Revolução dá-se inicialmente com o Absolutismo real contra a Aristocracia em face do interesse de tributação pela realeza, unindo-se a Aristocracia e o Terceiro Estado contra o Absolutismo.

Os chamados *Estados Gerais* eram Assembléias formadas onde os três Estados tinham representação igual e desproporcional. Por isso, houve ruptura entre o Terceiro Estado, o Clero e a Aristocracia.

O Rei tenta controlar a situação e os *Estados Gerais* passam a ser unificados em “Assembléia Nacional Constituinte”, esboçando-se a primeira versão da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Nessa fase, dá-se o confronto das tropas do Rei, apoiado pela Burguesia, o que não resolve, pois o povo se arma, acabando numa insurreição geral e fim do Absolutismo de Luiz XVI.

Em 26 de agosto de 1789 é votada a *Declaração dos Direitos do Homem e do*

Cidadão, com a seguinte redação:

1º) Os homens nascem e são livres e iguais em direitos.

2º) Finalidade de toda associação política é conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

3º) Soberania da Nação (e não do povo).

4º) Liberdade (poder fazer tudo conforme não prejudique o outro) só pode ser limitada pela lei.

5º) A lei deve evitar ações prejudiciais à sociedade.

6º) A lei deve ser a mesma para todos.

7º) Não haverá acusação ou prisão senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas para esta prescrita, submetendo-se o cidadão, sob pena de tornar-se culpado de resistência.

8º) Anterioridade da lei face ao delito.

9º) Presunção de inocência.

10º) Liberdade de opinião, inclusive religiosa.

11º) Liberdade de expressão.

12º) Força pública para garantia dos direitos.

13º) Igualdade fiscal.

14º) Fiscalização, pelo cidadão, sobre a arrecadação.

15º) Fiscalização, pelo cidadão, dos gastos públicos.

16º) Separação de poderes.

17º) Propriedade é direito inviolável e sagrado¹ só podendo alguém ser dela privado por necessidade pública legal e comprovada e com justa e prévia indenização.

Note-se, contudo, que a igualdade é, ainda, perante a lei e não real ou social, e que não menciona o sufrágio universal, a igualdade de sexos (homem é sinônimo de gênero masculino) e nem menciona as questões do colonialismo, da escravidão (realidade na época) e nem do direito ao trabalho. Os interesses burgueses significam benefício dos mais fortes. Para elegibilidade à Assembléia Nacional exigia-se a posse de propriedade fundiária, ou seja, cidadão ativo era o que tinha direitos políticos plenos, o que incluía porte de arma, ao contrário do cidadão

¹ Note-se que essa Declaração não fala dos outros direitos que são invioláveis e *sagrados*.

passivo que possuía direitos naturais e civis, pois que cidadãos só eram os livres, nascidos de pais livres.

Não obstante, há um retrocesso em 1790, quando os direitos feudais são resgatáveis, a Monarquia é restabelecida na forma “constitucional” e as greves e associações de trabalhadores são proibidas.

Note-se que, nessa época, os deputados constituem-se de maioria de origem burguesa (mais proprietários e 28 padres, 28 médicos e eruditos advogados).

Em setembro de 1793 começa o período de terror.

A primeira Constituição realmente democrática foi proclamada em 1793, com sufrágio universal (quase), banindo escravidão, pagamento para ser cidadão, prevendo direito à educação, acabando com distinção entre cidadãos ativos e passivos, com imunidade parlamentar, juízes e administradores eleitos e publicidade das leis. Essa Constituição, porém, nunca foi aplicada! Em 10 de outubro, decidiu-se pela sua suspensão enquanto a guerra durasse (o que levou mais de 20 anos)! Nessa época, entra em vigor o *Novo Calendário*, abandonando-se o calendário gregoriano cristão, e os que se opunham à “Revolução” eram guilhotinados.

Outra Constituição surgiu em 1795 recuando nas conquistas apresentadas em 1793. Caracterizou-se pelos direitos social e político da burguesia e do capital, desprezando o povo. Após várias insurreições, o povo rasga a própria Constituição entregando o poder, em 1799, a Napoleão Bonaparte, o único capaz de implantar os ideais da Revolução. O Código Napoleônico de 1804 é o modelo de lei capitalista (oitenta por cento dele fala em propriedade).

Entretanto, com a derrota de Napoleão em 1815, retorna a Monarquia com Luiz XVIII, que não interfere na liberdade econômica, com retrocesso generalizado dos direitos humanos, pela força dos governos e da Igreja Católica, até que Leão XIII publique a “*Rerum Novarum*”, no final do século XIX.

Paralelamente, convém lembrar que a *Revolução Industrial*, na Inglaterra, multiplicou as riquezas e o poderio econômico da burguesia e desestruturou o modo de vida tradicional da população, gerando dois novos fenômenos: desemprego e alienação do trabalhador em relação ao seu produto.

A *Independência Americana*, em 1776, com a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia*, caracterizou-se pela igualdade natural de todos os homens e

direitos inatos que não podem ser privados.

Pode-se dizer que a luta pelos direitos humanos é, em grande parte, a luta pelos direitos trabalhistas.

No século XIX, operários na Inglaterra e Europa Continental começam a associar-se e a fazer greves, ainda que sob severa violência policial.

Outrossim, o Socialismo surge forte, em confronto com o Capitalismo, caracterizando-se pela utopia do paraíso.

Marx influencia os movimentos operários contra o individualismo liberal capitalista, acontecendo, em 1864, a Assembléia Internacional dos Trabalhadores (*I Internacional*).

É famosa, ainda, a data de 8 de Março de 1857, quando dá-se o massacre das operárias de Nova Iorque e, mais ainda, a de Primeiro de Maio de 1886, quando oito trabalhadores, considerados *mártires de Chicago*, são mortos quando pediam redução da jornada de trabalho.

Por tudo isso, pode-se dizer que os *direitos trabalhistas* foram conquistados com luta, sangue e vidas, diante da repressão estatal.

Mas, a luta pelos direitos humanos, posteriormente, caracterizou-se também pela luta contra o Racismo, sendo exemplos conhecidos o *Caso Dreyfus*, no final do século XIX, na França, quando surgiam teorias racistas para explicar fracassos do capitalismo.

No século XX, outros fatos históricos merecem ser mencionados.

Dá-se, no México, a Revolução Popular, acabando por ser proclamada a Constituição de 31 de Janeiro de 1917, com direitos amplos e não formais, embora, sendo socializante, muita coisa não foi aplicada.

Na Rússia, acontece a Revolução de Outubro de 1917, quando é elaborada a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, contra a de 1789.

Pensa-se o homem concreto nas suas relações históricas, em sociedade, reconhece a desigualdade e o conflito de classes, toma partido do proletariado, declara que tudo passa a ser de todos, pois todos os direitos são em razão do coletivo, e não fala em direitos individuais.

Não se pode esquecer, contudo, o período stalinista e o terror que o caracterizou, acabando a chamada *ditadura do proletariado* por tornar-se uma ditadura por si mesma, e não um caminho para a sociedade ideal de Marx.

Na Alemanha, a Constituição de Weimar (de 11 de Agosto de 1919) prevê direitos sociais e individuais juntos, sob o Capitalismo, influenciando no constitucionalismo pós Primeira Guerra e até na República Federativa do Brasil, de 1934.

O direito de voto assim aparece: sufrágio universal na Inglaterra em 1918 e depois em todo o Ocidente, inclusive o voto da mulher (na Suíça, só em 1971).

O Tratado de Versalles em 1919 cria a *Liga das Nações*, para impedir novas guerras entre potências, e cria a Organização Internacional do Trabalho.

Quando tudo parecia caminhar bem, ocorrem o malogro dos regimes do México, da Rússia e Weimar, além do *crash* de 1929, e logo a Segunda Guerra Mundial e várias ditaduras fascistas.

Em 26 de Junho de 1945, no pós-guerra, é criada a ONU, a *Organização das Nações Unidas*, e em 10 de Dezembro de 1948 surge a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que reconhece que compõem o âmbito dos direitos humanos todas as dimensões que disserem respeito à vida com dignidade.

Surgem ainda vários tratados e instituições de proteção aos direitos humanos, direitos da solidariedade ou direitos da humanidade (desenvolvimento, paz, meio ambiente sadio, etc.)

Contudo, ainda assim, é de se perceber a diferença do Direito Positivo e o que é praticado. O progresso tem gerado desemprego e subemprego e o chamado *Neoliberalismo* não passa mesmo do velho Liberalismo.

No campo da incolumidade física, ainda é comum haver vítimas de agressão policial, detenção arbitrária, tortura, aprisionamento além da pena, preconceito, discriminação ao emprego, no acesso à educação e na representação política!

OS DIREITOS HUMANOS HOJE

COMPETÊNCIA

Os direitos humanos, como Direito Natural, são diferentes do Estado e do Direito por este produzido.

Por isso, os direitos humanos não podem ficar no âmbito interno estatal, mas adquirem cunho internacional. A jurisdição internacional, contudo, é subsidiária ao

interno, pois não há jurisdição internacional compulsória.

O Brasil, por exemplo, dá aos tratados internacionais o status constitucional (art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal), devendo aderir ao art. 62 do Pacto de S. J. da Costa Rica, que define a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

MÉTODOS

O sistema processual de reclamações é o sistema de *petições* (provocação dos interessados), *ex officio* (*relatórios* dos Estados e *investigações* a partir de comunicação da violação).

CARACTERÍSTICAS

Os pactos geram deveres objetivos nos Estados–parte, protegem o indivíduo enquanto ser humano (desnacionalização), sua execução é supervisionada por órgãos internacionais e a falta de amparo não impede recurso ao outro procedimento paralelo.

ÓRGÃOS DA ONU

A Organização das Nações Unidas, incumbida de fiscalizar a observância dos direitos fundamentais, tem como principais, os seguintes órgãos:

- Comissão de Direitos Humanos;
- Conselho de Tutela;
- Comitê Especial;
- Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial.

SISTEMÁTICA

A sistemática de fiscalização do cumprimento das disposições, por sua vez, assim se compõe:

Relatório

No primeiro ano, o relatório é sobre direitos civis e políticos, no segundo ano, sobre direitos econômicos, sociais e culturais e, no terceiro ano, sobre liberdade de informação.

Petições

No caso de Petições, o Estado acusado informa e, se for o caso, abre-se uma investigação no local.

A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Basicamente,² apenas os Estados podem litigar perante a Corte Internacional de Justiça, cuja jurisdição deve ser aceita pelos Estados (como arbitragem), não havendo compulsoriedade.

A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 1948, foi criada, no âmbito das Américas, a OEA – Organização dos Estados Americanos, surgindo a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

INCORPORAÇÃO DO TRATADO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com a Constituição Federal, no seu art. 21, I, quem assina os tratados internacionais é o Presidente da República e, nos termos do seu art. 84, VIII, quem o aprova é o Congresso Nacional, através de *Decreto Legislativo*, ratificado pelo Presidente da República.

A respeito da incorporação dos tratados ao direito interno, porém, há duas

² Para maiores informações sobre o Tribunal Internacional de Justiça, consultar Flávio Marcondes Velloso, *Tribunal internacional de justiça : caminho para uma nova comunidade*. Lorena : Stiliano, 1999.

teorias: a teoria Monista, que entende que o Estado limita o próprio poder, e a teoria Dualista, que observa que há diferença entre Direito Interno e o Direito Internacional.

A Constituição Federal, entretanto, no seu art. 5º, § 1º, diz que *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. E o seu § 2º aí inclui os tratados internacionais.

NATUREZA DOS TRATADOS

A respeito dos tratados internacionais, discute-se se são Norma ordinária ou Constitucional, e se são exigíveis de plano ou não, havendo, ainda, em relação a isso, muita divergência, pautando as discussões, na maior parte das vezes, pela conveniência ou não da aplicação desses tratados.

CONCURSO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

Quando há divergência entre o Direito Interno e o Direito Internacional, prevalece o que atende mais à proteção dos direitos humanos. Por exemplo, se o direito de reunião é mais protegido pela CF do que por tratados internacionais, observa-se o Direito Interno.

INSTRUMENTOS LEGAIS

ão instrumentos legais para proteção dos direitos humanos:

- Declaração Internacional de Proteção dos Direitos Humanos (ONU)
- Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (Res. 2.300-A, ONU – entrou em vigor em 1976 com número mínimo de adesões, 35) – Brasil: D. L. n. 226, 12 de Dezembro de 1991 (CF já previa as garantias), que prevê:
 - Autodeterminação dos povos

- Igualdade dos indivíduos
- Direito à vida (não se poderá estabelecer pena de morte)
- Proíbe torturas e penas cruéis (cf. Lei n. 9.455/97 e CF)
- ~ Direito à liberdade (prisão legal)
- Garantias às pessoas presas
- Proíbe prisão por inadimplemento contratual
- Direito à Justiça (acesso ao Judiciário)
- Liberdade de pensamento, de consciência, de religião e de expressão
- Direitos políticos (votar / ser votado) e de associação (partidos, sindicatos, etc.)
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
- Direitos econômicos: produção, distribuição e consumo das riquezas
- Direitos sociais e culturais: padrão de vida adequado
- Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)
- Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica
- Direito à vida
- Direito à integridade física, psíquica e moral
- Proíbe escravidão e servidão (trabalhos forçados com pena não podem atentar à dignidade)
- Direito à liberdade pessoal (prisão legal)
- Garantias judiciais
- Indenização para erro judiciário
- Direito à honra e à dignidade
- Direito à liberdade de consciência e de religião
- Direito à liberdade de pensamento e expressão
- Direito de retificação ou resposta (dados incorretos)
- Direito de reunião e associação
- Proteção à família (igualdade dentro da família)
- Direito ao nome e à nacionalidade
- Direito à propriedade privada
- Direito de circulação e de residência
- Direitos políticos
- Igualdade perante a Lei

- Proteção judicial
 - Direitos econômicos, sociais e culturais (não específica)
 - Meios de proteção: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos
- Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação social, emitida em 21 de Dezembro de 1965, pela ONU, e ratificada pelo Brasil em 27 de Março de 1968. É contra qualquer distinção, exclusão, restrição, preferência de raça, cor, descendência, nacionalidade ou etnia, sendo que no Brasil, nesse sentido, foi editada a Lei n. 9.459/97 (inclui religião)
 - Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e Convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres
 - A primeira é 1979, ratificada pelo Brasil em 1984, dando o conceito de discriminação contra as mulheres: “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo” para prejudicar direitos
 - A segunda (Convenção de Belém do Pará) inclui a violação dos direitos humanos, dizendo que os Estados devem prevenir, punir e erradicar abusos contra a mulher
 - Convenção contra a tortura e outros tratados ou penas cruéis, desumanas ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura
 - A primeira, de 10 de dezembro de 1984, foi ratificada pelo Brasil em 28 de Setembro de 1989, não admitindo tortura em hipótese alguma (investigação ou punição), impondo aos Estados o dever de fazer lei tipificando o crime de tortura, sendo que o torturador deve ser extraditado independentemente de tratado, criando ainda a necessidade de incorporar na formação de funcionários civis ou militares relacionados com interrogandos ou presos, informações sobre a proibição da tortura, e prova obtida por meio de tortura é nula, e admitindo que cabe indenização
 - A segunda foi ratificada pelo Brasil em 20 de Julho de 1989, reconhecendo o dever dos Estados de tipificarem e punirem severamente a tortura. Nesse sentido, a Lei n. 9.455/97, em seu artigo 7^o, inclui *Direitos Humanos* como currículo das escolas de polícia.

Cabe observar, por fim, que constam, ainda, outros instrumentos legais de defesa dos direitos humanos, como tratados para a defesa das Crianças e dos Refugiados, direitos estes que, se não são respeitados, geram o legítimo direito de resistência.

DIREITO DE RESISTÊNCIA E DIREITO POSITIVO

O tema do "direito de resistência" ocupa lugar privilegiado entre os pensadores preocupados com a filosofia política, sobretudo de matiz liberal, pois o ato de "resistir" significa a conservação do princípio revolucionário, ou melhor, do então princípio revolucionário da anterioridade e legalidade, que se traduz rusticamente por "estabelecer as regras do jogo, antes que o jogo comece". Depois disso, é proibido mexer no ordenamento ou executar ou omitir qualquer ato que signifique sua alteração. Isso vale principalmente para os direitos públicos, especialmente o penal, o tributário e até, mesmo os processuais, no que implique o direito constitucional do "devido processo legal", áreas tradicionalmente usadas como instrumento explícito de poder. A revolução, como ato primeiro da nova ordem, é sacralizada e a desobediência aos seus princípios é sacrilégio.

Algum tempo atrás, quando ainda tínhamos na presidência da república um político com pretensões de intelectual, a Federação das Indústrias paulista, através de seus diretores, incitava os seus membros a exercerem a "desobediência civil", como forma de conter os abusos do governo, tendo dito presidente da república comparado o dirigente daquele órgão de classe a Bakunin, sabidamente anarquista. Apelava, ainda, se não por ignorância, então por estratégia, - aliás, antiquada, de chamar os opositores de "inimigos da ordem e do povo", na base da maquiavélica, orientação que se traduz pelo dito "ao inimigo, a lei!". Nesse caso, comparar alguém a Bakunin, chamá-lo de anarquista ou comunista, seria uma forma de execrá-lo. Mas considerando-se a mentalidade abrutalhada dos mandarins, é bem possível que se tenha confundido as coisas.

O exemplo concreto desse episódio, entretanto, já demonstra o caráter não revolucionário do direito de resistência, ainda na sua modalidade de "desobediência civil", não sendo esta, por outro lado, da mesma natureza da desobediência criminosa, mas, ao contrário, se coaduna com o próprio sistema jurídico, como acabaremos por concluir desse nosso estudo.

Como já teve oportunidade de se referir o professor Celso Lafer,¹ "o tema da resistência à opressão através da desobediência à lei injusta é um tema clássico, que pode ser analisado com base na distinção entre a perspectiva "ex parte principi"

1 *A Reconstrução dos direitos humanos*, p. 187.

e a perspectiva "ex parte populi", que venho utilizando no exame dos processos de afirmação histórica dos direitos humanos. De fato, do ângulo dos governantes – classicamente preocupados com a ordem e a manutenção de seu poder – e dos filósofos – que na tradição do pensamento político, que remonta a Platão, querem ter a segurança necessária para a "vita contemplativa" –, a obrigação política traduz-se num dever dos súditos de obediência às leis emanadas do soberano. Já do ângulo dos governados, bem como dos escritores tradicionalmente preocupados com a liberdade, acentua-se, compreensivelmente, não o dever de obediência mas sim o "direito" de resistência à opressão".

Realmente, às doutrinas absolutistas que proclamam que o súdito tem o dever fundamental de obedecer, opõem-se as doutrinas que procuram limitar o poder, instituindo ou reconhecendo o direito de resistência como meio de se conter a injustiça dos comandos. A noção de "justiça" ou "injustiça", porém, é muitas vezes lógico-normativa, de fundo formal, traduzindo-se pelo "correto" ou "incorreto": uma conduta mediante princípios.

Norberto Bobbio resume com clareza, as cinco teorias na filosofia política, a respeito do limite de poder. A primeira que cita é a do absolutismo extremo, representada por Thomas Hobbes, e que afirma que a ordem do soberano, enquanto tal, é sempre justa. Evidentemente, não admite desobediência. Uma outra teoria, à qual se filia Kant, afirma que a ordem do soberano pode ser injusta, mas ainda assim deve ser obedecida, pois não cabe aos súditos julgarem e que pior que a ordem injusta é a anarquia. A teoria da "obediência passiva", por outro lado, admite a desobediência à ordem injusta, mas afirma que se deve aceitar a punição daí advinda, como é o caso das monarquias de direito divino, havendo uma quarta teoria, da doutrina liberal, que afirma a possibilidade de injustiça da ordem do poder e que, nesse caso, é lícito resistir a ela, sendo o direito de resistência um direito natural. Bobbio assinala uma certa contradição nessa teoria, pois que se é um direito natural (de desobedecer uma ordem que contradiz o direito natural), não é um direito garantido pelo estado, de modo que não tem eficácia. Só a resistência coletiva ou a revolução têm possibilidade de êxito. Indica, então, uma última teoria, a da separação de poderes, pela qual o direito de resistência é positivo e, assim, garantido pelo próprio ordenamento jurídico.²

No sentido do direito de resistência, John Locke é apontado como "guardião da

2 Bobbio, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, Brasília : Universidade de Brasília, 1984, p. 20-22.

liberdade individual",³ defensor ativo desse direito como afirmação dos limites do poder estatal, "através do qual, é baseado no consenso e na subordinação do poder executivo ao poder legislativo, expõe as diretrizes fundamentais do estado liberal que chegara da Inglaterra, às constituições dos estados americanos e à Revolução Francesa.⁴

Kant, como se disse, não admitia o direito de resistência, por dois motivos básicos apontados por Bobbio: primeiro porque o princípio da soberania seria destruído e, segundo, porque o soberano se encontrava em posição jurídica privilegiada e sem limites, não cabendo ao súdito julgá-lo. A esse respeito, é explícito ao menos em duas passagens apontadas pelo autor: na *Metafísica dos Costumes*, p. 507, e no escrito "Sobre o dito comum...", p. 265.⁵

Hannah Arendt discute, em "Crises da República", a respeito da compatibilidade do direito de resistência com o próprio ordenamento jurídico, o que não é aceito por muitos juristas.⁶

É certo que, como salienta o professor Celso Lafer na obra referida acima, os americanos e os franceses, herdeiros do liberalismo de Locke, procuraram positivar o direito de resistência, não o conseguindo, porém, porque o pensamento jusfilosófico do século XIX identificava justiça com lei e, portanto, o dever de obediência, típico do positivismo jurídico.⁷

Dessa maneira, é compreensível que o direito de resistência pareça, à primeira vista, um ato revolucionário ou subversivo, inaceitável pelos detentores do poder, que pretendem governar sem restrições, ou seja, sem limite algum.

Evidente, no entanto, que o direito de resistência não é propriamente revolucionário, no sentido de pretender desintegrar um ordenamento vigente, mas que, ao contrário, procura preservá-lo e mantê-lo isento das investidas violentas e injustas do poder absoluto.

H. Arendt, que distingue violência de autoridade, dizendo que surge aquela quando falece esta, elabora uma análise interessante e importante do direito de resistência em "Crises da República". Segundo ela, distingue-se, em primeiro lugar, a desobediência civil da desobediência criminosa, porque esta apenas reflete a

3 Lafer, cit., p. 189.

4 Bobbio, cit., p. 41.

5 Bobbio, cit., p. 147.

6 H. Arendt, *Crises da república*, São Paulo : Perspectiva, 1973, p. 54 e s.

7 Lafer, cit., p. 191.

desastrosa erosão da competência e do poder policial, enquanto que a desobediência civil é considerada como indicação da perda significativa da autoridade da própria lei.⁸ Além disso, a desobediência criminosa é sempre clandestina e visando satisfazer privilégios, pessoais ou individuais, ao passo que a desobediência civil é pública, desafiando a lei e as autoridades estabelecidas.⁹

A desobediência civil, por outro lado, se caracteriza tanto pela ação de grupo como pela não-violência.

Enquanto ação de grupo, a desobediência civil se diferencia do "conscientious objector" (objeto de consciência), sendo sempre "praticada por um certo número de pessoas com identidade de interesses" (cita Nicholas Poner). Como salienta o professor Lafer ao examinar "Crises da República", para H. Arendt, "na ação política a preocupação não é com o "eu", mas com o "mundo" e, portanto, na esfera do interesse público é que se coloca o tema da desobediência civil".¹⁰

Hannah Arendt observa que a desobediência civil é também não violenta, pois que não é revolução. Enquanto o contestador civil aceita, o revolucionário rejeita a estrutura da autoridade estabelecida e a legitimidade geral do sistema de leis, embora partilhem o desejo de "mudar o mundo".¹¹ Nesse sentido, os exemplos de Thoreau (não-violência) e de Gandhi (também ação de grupo) são para ela esclarecedores. Definir-se-ia, então, como sendo a ação (ou omissão) coletiva, ilícita e não violenta dos governados, que se exprime pelo não-acatamento à lei tida como injusta.¹²

Ou, como diz H. Arendt, "a desobediência civil pode servir tanto para mudanças necessárias e desejadas como para preservação ou restauração necessária e desejada do "status quo", mas, de qualquer modo, "aparece sempre quando um significativo número de cidadãos se convence de que, ou os canais normais para mudanças não funcionam, e que as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito, ou então, pelo contrário, o governo está em vias de efetuar mudanças e se envolve e persiste em modos de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostos a graves dúvidas".¹³

O inverso, curiosamente, leva à responsabilidade do cidadão, pois, como diz a

8 Arendt, cit., p. 68.

9 Idem, p. 69.

10 Lafer, cit., p. 231.

11 Arendt, cit., p. 70

12 Lafer, cit., p. 201.

13 Arendt, cit., p. 69.

autora, "quem sabe que pode divergir sabe também que de certo modo está consentindo quando não divergir"¹⁴ e o professor Lafer reafirma: a obediência apóia o governo e a desobediência civil exprime um poder novo que está surgindo e que se volta para a mudança do "status quo"¹⁵ – evidentemente para restituição do "status quo ante", pois que sugere, vencida a fase do positivismo jurídico que confundia o legal com o justo, a tipificação das situações-limite, para que a resistência à opressão, através da desobediência civil, não descambe no anarquismo, que, salienta, não é a posição de H. Arendt, pois o que ela pretende "não é o desaparecimento do poder e da autoridade, mas sim a sua recuperação".¹⁶

Para Norberto Bobbio, o "estado de direito" é isso: a garantia do direito de resistência, transformando-o de direito natural em direito positivo, de modo a poder-se recorrer ao Poder Judiciário para a eliminação de abusos, tornando-se o direito de resistência não "uma aventura arriscada fora do direito positivo, mas um direito garantido no âmbito do ordenamento jurídico, ou seja, um direito positivo".¹⁷

O direito de resistência não é revolucionário, mas, ao contrário, cada vez mais aceito pelo próprio sistema jurídico vigente, tem sido introduzido no direito positivo como mecanismo de abertura que, ao modo de uma válvula, evita a desintegração revolucionária do ordenamento vigente.

Somente quando se trata de um poder exercido arbitrariamente e com vocação para o absolutismo é que não se admite o direito de resistência como parte integrante do sistema jurídico e, pois, se o insere no âmbito da desobediência criminosa ou revolucionária. Nesse caso, com certeza, não haverá propriamente uma ação não violenta para manter o estado atual ou recuperar o estado anterior usurpado, mas um rompimento. A inserção, no direito positivo e, pois, o reconhecimento do direito de resistência (coletivo e não-violento como o direito de greve, por exemplo), eleva-o à condição institucionalizada (é um instituto) e a fazer parte das regras. É direito e dentro do direito é exercido.

A figura do "direito de resistência" tem caráter conservador, portanto, na medida em que procura conservar princípios, no sentido que lhe empresta Hannah Arendt, para quem – e com razão – o revolucionário é, no dia seguinte à revolução, é o

14 Idem, p. 68.

15 Idem, p. 79.

16 Lafer, cit., p. 233.

17 Bobbio, cit., p. 22.

primeiro e maior conservador. O ato revolucionário, portanto, teve oportunidade única, e, uma vez estabelecido, é dogmatizado e deve ser mantido. Qualquer revolução segunda seria o rompimento inaceitável com a ordem estabelecida, ou seja, é "contra-revolução".

Para os juristas, o "direito de resistência", de conceito ainda muitas vezes confuso, se torna um tema importante, estejam eles comprometidos ou não com a "manutenção da ordem". É nesse sentido é que recorrem, ainda que intuitivamente, ao Poder Judiciário, pedindo "segurança" contra a arbitrariedade: querem o respeito à lei! Empresta-se, portanto, ao órgão jurisdicional, ao menos no âmbito do direito público, não o papel de "dizer o direito", mas de manter a ordem. A lei e, pois, o seu aplicador, não tem fim teleológico. Nada se cria, tudo se mantém.

Como se vê, estava equivocado quem confundiu os empresários com Bakunin, mas daí surge uma questão inevitável, na medida em que se empresta um papel conservador e não criador ao Poder Judiciário: o que acontece quando o Poder Judiciário é um dos "poderes" e ainda um "poder", não atende às expectativas, deixando de cumprir corretamente a função de "afrouxador de tensões" dos súditos no âmbito do direito privado, ou de garantir a liberdade dos direitos perante o poder público?

Volta-se à "situação-limite" de rompimento com uma ordem jurídica incapaz, na qual talvez, lembrando lição do prof. Aloysio Ferraz Pereira, só a criativa e, por assim dizer, "subversiva" função de "dizer o direito" reservada à Hermenêutica filosófica e esteticamente entendida, possa nos realizar.¹⁸

18 Aloysio Ferraz Pereira, *O direito como ciência*, São Paulo : RT, 1980, p. 107.

QUE É ISTO – A FILOSOFIA?

Marta, Marta, você esta ocupada e atrapalhada com tantas coisas, mas apenas uma é necessária.

Maria escolheu a melhor, e isto ninguém vai tomar dela.

(Lucas 10, 41-42)

É preciso refletir sobre o que é saber.

É diferente o saber verdadeiro do mero obter informações. O filósofo é o *amigo da sabedoria*, mas não aquele que tem as respostas. A filosofia se caracteriza exatamente pela Hermenêutica, ou seja, a vontade de compreender, mas não garante, ciente da realidade circunstancial do ser humano, que se obtenha respostas, ou que estas sejam definitivas. Ao contrário, onde houver resposta definitiva não há filosofia! O método como projeto nunca é garantia de certeza, mas é, para o futuro, como norma, apenas um ponto de partida. A filosofia se caracteriza pelo perguntar e cada resposta só vale pelos questionamentos que pode sugerir. De fato, as perguntas são mais importantes que as respostas, pois são elas que possibilitam as respostas. Qualquer processo científico é iniciado pela intuição curiosa que pergunta. Não se conformar, portanto, é do espírito do filósofo.

Se esse termo "filosofia", talvez inventado por Heráclito ou usado por Pitágoras, não tem um sufixo derivado de "logos", é porque não detém conhecimentos, mas ao perguntar por tudo, possibilita que as ciências se desenvolvam. Se a filosofia possuísse conhecimentos, seria ela mesma uma ciência particular, mas ao funcionar como mero instrumento de busca da Verdade, é um canal aberto a toda especulação.

Por isso a filosofia é universal, porque é base para toda atividade humana e, mais que isso, é a própria essência do ser humano: distante (da essência) e, por isso mesmo, curioso.

Se a busca da essência (metafísica) faz necessária a indagação, é essa mesma indagação que possibilitará a aproximação da essência, realizando a metafísica. O conhecimento da Verdade é difícil, mas não impossível, a despeito do poderoso pensamento de Kant. Talvez a essência seja mesmo a própria natureza que nos cerca e se faz nosso mundo!

Na realidade, filosofar é algo simples: é olhar o mundo ao nosso redor e dentro

de nós (Kant havia dito que duas coisas o impressionavam: a razão e as estrelas) e compreendê-lo. É dar atenção à simplicidade do cotidiano. Olhar compreendendo o mundo é, em outras palavras, nos sentirmos em casa no mundo. E, no entanto, nós nos distraímos de modo tal que não nos sentimos em casa diante do ser, mas somos estranhos como hóspedes.

A pergunta pela filosofia não é uma pergunta simplesmente, mas, "a pergunta", como pensou-a Heidegger no texto *Qu'est-ce que la philosophie?*¹

Pensar a filosofia já é filosofar e, por isso, entrar já na própria filosofia. Dai porque afirmar que é esta "a questão". Dizer o que é a filosofia implica, por isso mesmo, num filosofar a respeito do homem, o ser que filosofa.

A palavra grega "philosophia", segundo Heidegger, aponta o caminho. Faz dela uma "etimologia", enquanto que podemos nos lembrar que a própria etimologia da palavra "etimologia", também grega, significa o "estudo do verdadeiro". Na verdade, a palavra grega como "logos" não é representação, mas indica o que realmente é.

A palavra "philosophia" teria sido criada, presumivelmente, por Heráclito e quer significar resumidamente, a busca do "ente enquanto é". Filosofia é, portanto, a busca do ser que é sendo. Este é o "ente".

Etimologicamente se sabe que a palavra "filosofia" significa "amor pela sabedoria", como talvez tenha sido usada por Pitágoras. Nesse sentido, não se trata propriamente de uma ciência, não detém nenhum conhecimento como detenção da verdade, mas é a sua busca. Por isso é que na filosofia, pensou Jaspers, mais valem as perguntas do que as respostas. Na verdade, o conceito de filosofia e de verdade são coerentes ao próprio ser do homem: a temporalidade o torna provisório, um "sendo" enquanto vivo, e no reconhecimento dessa "historicidade" de se transformar no si mesmo, num "nada" que a cada desdobrar-se num "tudo", dialeticamente, antes de negar a verdade num relativismo vazio e niilista, já é um caminhar na verdade. Ao contrário, reduzir o "ser" do homem a regras gerais dogmáticas e imutáveis é negar a verdade porque se não nos banhamos duas vezes no mesmo rio, como disse Heráclito, a cada instante somos outro e nisso é que somos nós mesmos.

Responder o que é a filosofia é filosofar e isto se dá num diálogo, ou seja, através do "logos", que é a indicação do que realmente é. Palavra aqui não é a expressão nominal de uma vontade, mas a expressão nominal de uma realidade.

1 Trad. por Ernildo Stein. São Paulo : Nova Cultural, 1989, Col. *Os pensadores*.

Segundo Heidegger,² filosofar é, pois, dialogar com os filósofos, debatendo com a História da Filosofia, escutando-se a Tradição e a própria História.

Dessa maneira, diz ele, a resposta à questão não é uma réplica, mas uma correspondência ao ser. E corresponder é ser dócil ao apelo do Ser, "o ser que é o sendo", ou seja, o ser que se revela no desdobramento da historicidade do homem. Assim se afasta qualquer idealismo que prega a existência da verdade independente de sua "aparência" na cotidianidade da história.

Ora, o que é ser correspondente, então, senão estar disposto, nas palavras de Heidegger, que significa estar à disposição, ou seja: exposto, iluminado, entregue. Significa ouvir, não falar. O ser é que fala na fala do *ente*, pois este, o homem, dispõe da correspondência e o que fala é o que é.

A disposição, o colocar-se a postos para ouvir decorre da curiosidade provocada pelo espanto. Significa que todas as coisas são novas sempre! Nada é tão familiar que não suscite indagação, mas ao expor-se ao espírito desarmado, torna-se o que é: o próprio ser do ser que é, sendo. E sabendo que é assim tão frágil, galgando uma temporalidade de momentos como uma corda bamba entre sucessões de momentos, de supostos passados e supostos presentes, que são nada e tudo, tempo e atemporalidade. É o espanto do novo que abre, surpreendentemente o espírito indagador, deixando-se levar, abrindo-se surpreendentemente uma janela pela qual a luz do ser ilumina o espírito, de modo a deixar-se levar pelo ser e não arrogantemente querer conter o ser, a verdade.

Nesse sentido, se "idéia" é a "aparência de uma coisa oposta à sua realidade", como etimologicamente sugerido, "história" é o "conhecimento por narrativa", ou seja, é a investigação da própria realidade. A palavra aqui é mesmo uma parábola, uma narração, por comparação, da realidade, que, como realidade, lhe é superior.

O co-responder ao ser é, assim, um falar. Por isso, o homem é homem como tal na medida em que fala. Antes disso, porém, é a sua infância, "idade em que ainda não fala" e começa por entender-se no centro do mundo, como se tudo fosse uma expressão sua e estivesse à sua disposição. Filósofo, ardoroso contemplador da verdade, o homem ingressa numa idade adulta, onde, ao invés de interferir ou procurar interferir na realidade, dispõe-se a ouvi-la. Converte-se e age conforme a verdade. Interpretar o mundo é já praticá-lo como deve ser. O homem humilde curva-se diante da realidade, ao invés de querer submetê-la à sua vontade.

2 Idem.

Somente assim não haverá dominação. A palavra é obra de arte, a poesia é dizer o que é e nisso consiste o encontro do lugar da filosofia: É "alétheia", desvelamento do ser.

O ser que filosofa é o homem: nem as pedras, nem os animais, nem Deus filosofam. Este porque, segundo a idéia de perfeição, nada busca, e aqueles, porque não têm história, não se desvelam num devir. Apenas o homem existe: existir é, numa linguagem redundante, co-existir. Apenas o homem está "diante de". A idéia de perfeição de Deus não inclui, assim, co-estar, "estar aí diante de" (a palavra alemã *dasein* empregada por Heidegger), assim como um animal ou uma pedra não convivem.

Por isso, por ser o homem um ser que convive, é co-responsável. Não está no centro do mundo, mas se relaciona, ou seja, está diante do outro, que está diante de si. A compreensão, seria aqui, obra de compreender, ou co-emprender, construir junto. Compreender sugere, portanto, caminhar junto, partilhando da mesma experiência. Mais do que "esquecer", perdoar significa compreender porque a experiência é a mesma. Significa indagar da história de cada um e promover o outro, co-empredendo a aventura de viver.

Mas, do mesmo modo que a existência é uma corda bamba, a compreensão do verdadeiro é frágil. O que é, afinal, o ser verdadeiro?³

Verdadeiro é o real. É o que concorda, está de acordo ou corresponde. Significa que enunciado verdadeiro é o que está conforme a coisa. *Verdade significa a concordância dos entes entre si, que se fundam sobre a concordância das criaturas com o criador.* Não é mero "consenso" em torno de idéias, mas a real concordância na observação do real. Nesse sentido, Heidegger chama de "inautêntico" a "não-verdade", que se caracteriza pelo desacordo do ente com a sua essência.

Mas, não seria a "não-verdade" também uma "verdade"?

Seria sim a "verdade" da "mentira" ou da "não-verdade" e essa verdade é que a enunciação não corresponde àquilo que quer enunciar. A enunciação, diz Heidegger, não é a própria coisa, mas uma apresentação dela. Deve deixar surgir a coisa em si diante de nós enquanto objeto. Objeto é o que é jogado diante do ente que conhece.

A verdade reside, pois, na proposição. mas a sua essência é a liberdade. Essa liberdade é livre inclusive quanto ao homem, de modo que o arbítrio, a

3 Sobre a essência da verdade e Sobre a essência do fundamento, Col. *Os pensadores*, cit.

subjetividade, não a macule. A essência da verdade é superior ao homem e não se escraviza diante da sua vontade.

O que é liberdade, portanto, senão o deixar-ser o ente? Senão o renunciar (a si) e entregar-se ao ente que se desvela?

Esse é o homem que se vê "jogado" no mundo, olhando admirado... É um homem sem arrogância. Somente o homem olha, se espanta e pergunta. Aí começa a História: Apenas o homem tem história!

A liberdade não é propriedade do homem, mas este é possuído pela liberdade e assim se realiza como homem, autêntico, sendo o que é e nisto consiste o seu dever-ser. É possível, entretanto, que o homem aja na inautenticidade, não deixando o ente ser o que é: Encoberto e dissimulado, domina-o a aparência.

Porém, como a "não-verdade" deriva da essência da verdade, no contraste entre ser e nada, não se esgota a essência da verdade na conformidade da enunciação (verdade lógica), de modo que também a "não-verdade" não pode igualar-se com a "não-conformidade do juízo".

Como o velamento, uma dissimulação do deixar-ser, recusa o desvelamento, trata-se da "não-verdade" pensada a partir da "verdade". Ou seja, "não-verdade" pertence à essência da verdade.

Significa que *o nada também é ser*.⁴ Ora, quando indicamos o "nada", estamos falando de alguma coisa e, portanto, o "nada" é algo contraditório em si, pois se é nada, nada é e se é algo não é nada. O "nada" só tem sentido, portanto, na contraposição do ser, de modo dialético: confirma-se o ser pelo não-ser, a verdade pela não-verdade.

Afinal, a condição da imagem num papel, por exemplo, é o contraste entre os pigmentos e o espaço sem eles. O totalmente branco do papel é nada como o totalmente preto dos pigmentos. E este é um totalmente tudo, absoluto como o totalmente branco, o nada. Por isso, o absoluto é um só e, como tudo e nada, encobre o ser que só aparece no contraste de si mesmo, como sendo. Sendo isto e não sendo aquilo. Por isso que a essência da vida é a renúncia, é não ser onipotente e ter que deixar de ser, para ser.

A subjetividade se dá quando o homem quer ser, quando busca, pela vontade, a potência como poder. Distrai-se ao completar "seu mundo" conforme as necessidades, com projetos e cálculos, enganando-se quanto mais toma a si mesmo

4 "Por que há simplesmente o ente e não antes o Nada?", pergunta Heidegger na *Introdução à metafísica*, p. 33

como "medida de todas as coisas" no dizer de Protágoras.

O erro faz parte do ser do homem e a errância o faz desgarrar-se. Entretanto, se não desconhecer esse mistério, de que é fraco, pode evitar sucumbir. Saber que nada sabe é o começo do espanto e da pergunta. É o começo da filosofia. Com a palavra, a pergunta, começa a História e cada homem é o ápice da História, na medida em que cada homem é ser pensante que interroga o ser e se converte à verdade, no "si-mesmo".

A primeira pergunta é a respeito da essência da verdade, ou, "o que é a verdade?", diz Heidegger.

Essência é ser: Qual o ser da verdade? A essência da verdade, aquilo que a torna verdade, é ser verdadeira. Numa palavra, (é) ser.

Verdade é (ser) conforme o ser. A essência da verdade, ou, o ser da verdade, é a verdade da essência, é a própria verdade do ser: *Verdade é o que é!*

Daí decorre o princípio da identidade,⁵ segundo o qual, o idêntico, em latim "Idem" e em grego "tò autó", é "o mesmo". Ou, *algo é idêntico a si mesmo e só a si mesmo!*

Por isso, segundo Parmênides, conforme cita Heidegger, "o mesmo pois tanto é apreender (pensar) como também ser." "O ser faz parte da identidade." O homem, ao compreender, não é estranho ao que compreende: É idêntico ao ser; compreender é já transformar, na medida em que se encampa o que se compreende, passando a ser a essência do homem. Trata-se de uma conversão, pois não se é no ser senão na verdade. Inautenticidade é forma de ser apenas como "não-ser". Autêntico é o homem idêntico ao ser, idêntico a si mesmo, ou como diz Heidegger, "pastor do ser", que cuida do ser, para que a verdade se funde na historicidade.

Idêntico a si mesmo é o homem que é conforme o seu ser: um ser em busca, um ser sendo.

Curador do ser, apascenta-o na linguagem, que é, nas palavras de Heidegger, "a casa do ser".

Heidegger, no texto "A origem da obra de arte", revela: "A arte é, pois, um devir e um acontecer da verdade",⁶ mas a arte, cujo instrumento é a obra, tem por essência

5 Identidade e diferença, Col. *Os pensadores*.

6 *A origem da obra de arte*, trad. Maria da Conceição Costa, Lisboa : Edições 70, p. 57.

a Poesia e a essência da Poesia é a instauração da verdade.⁷ Isso nos remete à questão da interpretação: Filosofia é essencialmente hermenêutica.⁸

Mas, o que significa para o estudo do Direito, a filosofia, essa investigação do extra-ordinário, incursão com aspecto de aventura reservada a poucos, na vida prática, sem "utilidade" aparente e cujo núcleo é a "metafísica",⁹ ou seja, a investigação de algo que está além?

Pois bem. Se a linguagem é a "casa do ser", é através do "logos" que o ser se expressa, aparece, se desvela ou se revela.

Conforme observa Heidegger, "logos" é a reunião constante, a unidade de reunião, consistente em si mesma, do ente, isto é, do Ser. "Physis" e "logos" são a mesma coisa. O "eon", o ente, é em sua essencialização, "xinon", presença reunida.¹⁰

O homem é o que existe, ou seja, o que "é com" (o outro). "Xinon" significa o que reúne tudo em si e o mantém junto.¹¹ "Um tal "xinon" é, segundo o Fragmento 114 (Heráclito), o "nomos" para a "polis", a legislação (legislar aqui entendido como reunir), a estrutura interior da "polis".¹²

Sendo o ser humano um ser "diante de", é na "polis" que se dá a sua existência e tal se assegura como ligação, no "logos".

Heidegger traduz "dike" por algo que a tradução referida traz como "juntura", explicando Heidegger que por "juntura" entende junta e articulação e, ainda, como disposição e conjuntura dispositiva, que força a inserção e o enquadramento. Entende que traduzida por "justiça" e entendida no sentido jurídico e moral, a palavra "dike" perde todo o seu conteúdo metafísico fundamental, da mesma forma que a sua interpretação como "norma".¹³

Com efeito, "dike" corresponde ao ser do ente em sua totalidade, tal como se dá em Anaximandro e Heráclito e nisso se conforma com o próprio ser.

Vimos acima que a idéia é a contraposição do ser, ou "aparência de uma coisa aposta à sua realidade". Ora, o "dever-ser" aparece, segundo Heidegger, como "contraposição ao Ser, logo que esse se determina como idéia".¹⁴

E completa: "tão logo, nos tempos modernos, esse pensar, enquanto razão

7 Idem, p. 60, pois belo não diz respeito ao agrado, mas à conformidade do ser. Idem, p. 67.

8 Conferir Gianni Vattimo, *Introdução a Heidegger*, trad. João Gama, Lisboa : Edições 70, especialmente p. 129.

9 *Introdução à metafísica*, p. 47.

10 Idem, p. 155.

11 Idem, p. 156.

12 Idem.

13 Idem, p. 175.

14 Idem, p. 182.

independente e posta em si mesma, predomina, prepara-se a constituição propriamente dita da distinção entre Ser e Dever-ser. Um processo que se completa com Kant." "É natureza, determinada pela razão e como razão, se contrapõe o imperativo categórico." "Também Fichte faz expressamente da oposição de Ser e Dever-Ser a articulação fundamental de todo o seu sistema." Além disso, a partir do século XIX, "pelo domínio do ente, o Dever-Ser se sente ameaçado em sua função de norma. E reagiu para afirmar-se em sua exigência."¹⁵

Como é que se impõe o "dever-ser"?

Para se impor, o "dever-ser" invoca e traz em si um "valor". "Os valores em si tornam-se então o fundamento do Dever-Ser". "Os valores não são, eles valem".¹⁶

Portanto, os valores são o normativo, e a História não é mais do que a realização de valores.¹⁷

A partir de então, sabemos, o "ser" se tornou, na história da filosofia, um conceito, algo desinteressante porque, oculto, não se revela ao homem. A correspondência do homem, ente, ao ser, se tornou impossível e, diante de uma "teoria do conhecimento", segundo a qual conhecer é impossível, importou distinguir o que o homem deve realizar. Realizar tem o sentido, aqui, não de se tornar o que se é, no devir, mas de impor-se idealisticamente, subjugando a realidade, dominando a natureza e possibilitando-se reinar sobre a criação. É um homem intromissor agora; a contemplação, a compreensão, deram lugar ao mero entender. Explicar é tarefa da ciência. A filosofia só pode, portanto, dar instrumentos de exegese à ciência. Funda-se, no ceticismo quanto ao aparecimento da verdade, o contratualismo normativo de um positivismo, ora empírico, ora lógico, que garante a "união" perdida, já que se perdeu do "logos", o caráter de fenômeno, desvelamento da verdade bela e justa e que mantém junto na co-existência.

Mais difícil é poder se determinar segundo a Verdade, isto é, sendo justo.

É este o sentido moral do conhecimento: agir conforme o saber e saber consciente das conseqüências do agir.

15 Idem, p. 187.

16 Idem, p. 216.

17 Idem.

O CONCEITO DE FILOSOFIA COMO INTERPRETAÇÃO

Heidegger assevera, no "*Que é isto - a filosofia?*",¹⁸ que a pergunta primeira é exatamente esta: o que é a filosofia?, pois perguntar pela filosofia já é fazer filosofia. Se partirmos do ponto de vista de que fazer filosofia é buscar a Verdade, ao filosofar sobre a filosofia, buscamos a verdade da filosofia, que é, em si mesma, a busca da Verdade. Para o filósofo, portanto, *a filosofia é, ou deveria ser, hermenêutica*,¹⁹ já que a filosofia é possível e necessária apenas ao Homem, que a faz através da fala. Na verdade, em razão do "distanciamento" que só o Homem experimenta, só ele pode ser curioso e satisfazer a sua curiosidade acerca das coisas, vale dizer, da sua essência, o seu *ser!* Mas, é esse distanciamento que faz com que tudo precise ser interpretado, ou seja, é esse distanciamento que cobra ao Homem a *universalidade da Hermenêutica*.²⁰

Portanto, filosofar é, no final das contas, interpretar. Mas seria uma interpretação *meramente teórica* e, portanto, sem sentido prático?

HERMENÊUTICA COMO APLICAÇÃO

Marx havia contestado a filosofia clássica na XI tese sobre Feurbach, quando disse que até então os filósofos se preocuparam em entender o mundo, mas que agora seria preciso transformá-lo.²¹ Com isso, pregava não propriamente uma nova maneira de filosofar, mas sim uma *ação estratégica* típica da economia como planejamento do mundo.

Ora, o que isto quer dizer? Afinal, a filosofia transforma ou apenas compreende? Deve ser uma "ciência" compreensiva ou reconstrutiva?

Já se percebe que uma "reconstrução" do tipo "*Teoria do agir comunicativo*" nos termos propostos por Habermas é mais uma *ação estratégica*, própria da economia como "administração do mundo" e, portanto, ideologia, do que propriamente filosofia como busca da Verdade. Mas, à primeira vista, é a via mais sedutora, pois, afinal, para que serve contemplar o mundo?

18 Cit., p. 13 a 24

19 Conferir Richard Palmer, *Hermenêutica*, trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira, Porto : Edições 70, s. d., p. 15.

20 Conferir Ernildo Stein, *Dialética e hermenêutica : uma controvérsia sobre método em filosofia*. In: Jürgen Habermas. *Dialética e hermenêutica*. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre : L&PM, 1987, p. 98-134.

21 Habermas, *Teoria e praxis*, p. 221.

Heidegger, porém, respondeu a Marx: mas, *compreender já não é transformar?* Como salientou Habermas, a diferença entre ambos é que o primeiro pergunta *o que é*, ao passo que o segundo reclama pelo *como é!*

Surge um aparente dilema: afinal, filosofia é passividade ou prática?

É preciso lembrar que a etimologia das palavras *sujeito* e *objeto* foi esquecida. O sujeito era o que estava sujeito (ao objeto), ao passo que o objeto era o que estava diante (do sujeito) e submetia. Ou seja, o sujeito estava inserido na natureza e a interpretava. O objeto determinava o conhecimento "objetivo" do realismo filosófico. Por fim, na virada "copernicana" do pensamento moderno, por Kant, o conhecimento passa a ser centrado no sujeito, é um conhecimento subjetivo e, por isso mesmo, relativo e "desconfiado", sem fé na possibilidade de sucesso quanto ao conhecimento da Verdade. A busca da Verdade, então, diz Heidegger, torna-se algo desinteressante...

No pensamento moderno, portanto, importa mais *fazer*. É o *homo faber*, para o qual importa fazer, ou, como Marx havia pontificado: importa transformar o mundo, o que teve conseqüências políticas e ecológicas diante do *progresso* como *dominar a natureza* conforme era possível agora com os instrumentos dados pela ciência moderna.

Um passo mais e a Verdade já não era objeto de compreensão, mas fruto do próprio Idealismo subjetivista da *Teoria do Conhecimento*. Se Marx achava que era preciso *desvirar* a lógica de Hegel, isso foi apenas para mudar o seu sentido, mas manteve a sua *essência* de Idealismo crente na intervenção do sujeito, herói do *neu zeit*, o novo tempo, que era a Idade Moderna.

A metafísica, nesse quadro, e diante da confusão escolástica que despertou a ira dos iluministas contra a Tradição, sobretudo a da Igreja, pareceu algo velho e sem sentido. Na realidade, uma ideologia. Qualquer filosofia, como interpretação, considerando o distanciamento da essência, que se oculta *por trás* da aparência, a *físis*, perdeu o sentido.

Mas, não estaria aqui a raiz da crise do Modernismo?

O EXEMPLO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA A FILOSOFIA

Gadamer, cuja obra "*Wahrheit und Methode*",²² procura recuperar a dimensão hermenêutica da filosofia, na esteira de Heidegger, demonstrando exatamente que a filosofia como hermenêutica, é a filosofia prática da realização sem cair num fazer da *ação estratégica*, hoje chamada por Habermas de *ação comunicativa*.²³

É preciso salientar logo que *Historicidade*, para Gadamer, no sentido que lhe empresta Heidegger, é diferente de *Historicismo*, nos termos propostos pelos românticos. Se aqui há uma dogmatização do passado, na *Historicidade* temos uma nova objetividade que é apenas o significado da tradição para o momento presente da realização do ser como "presentificação". Ou seja, a Verdade é uma só e absoluta. É a verdade! Mas a sua "aparição", o seu desvelamento, em cada momento, é sempre único, é sempre exclusivo.

Em suma, Gadamer, juntando-se à pesquisa de Heidegger, volta a Aristóteles e ao seu conceito de *Direito Natural* para entender que o *Ser*, a Verdade, por ser o mesmo, é proporcional ao *Tempo*. Fica entendido o título da obra de Heidegger: *Sein und Zeit*, ser e tempo!

É por isso que Gadamer, em "Verdade e método", busca demonstrar o que chama de "a atualidade hermenêutica de Aristóteles",²⁴ ou seja, podemos afirmar que a Verdade é prática, sob o nome de Justiça, e que, como ensinou Aristóteles, a Justiça é proporcional,²⁵ de modo que restabeleça a harmonia, a igualdade, trazendo a união entre os homens.

Heidegger, na "*Introdução à metafísica*", já havia estudado o termo grego "*dikê*" como aquilo que ajunta através do logos, o que possibilita a convivência. Isto é coerente com a visão de Homem como "*zoon politikon*", animal político, ou seja, que se realiza na convivência. É também o entendimento de *jus* como derivado de *jungere*, ou seja, ajuntar (num feixe), ajuntamento que se atribui ao *noumos*.

Portanto, a noção de Direito é a de uma existencial, ou seja, que faz parte da natureza, da essência, do Homem e, nesse sentido, não interessa a uma classe só, a dos juristas, mas a todo ser humano e, assim, é matéria de interesse filosófico.

Efetivamente, o *Ser* diz respeito à *Verdade* e o *ser* do Homem é antes de tudo "*ser com*". Significa que a verdade do homem é a realidade social, onde, numa

22 Verdade e método, cit.

23 Habermas, na verdade, partia da crítica à ação estratégica como ideologia na ciência, para fundar a Teoria do agir comunicativo, que é, porém, ainda um agir estratégico.

24 Verdade e método, cit., II, 2, b.

25 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, L. V, 5.

dialética de *ego* e *alter*, ele se encontra a si mesmo, na diferença ou no *não-ser* de si mesmo.

Dentre todas as virtudes, a prudência, a fortaleza, a temperança e a justiça, distingue Aristóteles esta última como a maior de todas, simplesmente porque as três primeiras, de cunho estoíco, fazem bem a si mesmo, mas só a justiça diz respeito ao outro. Efetivamente, ser justo é *dar a cada um o que é seu* e para isso é preciso antes dizer o que é (de cada um)!

Não tem sentido, portanto, uma "filosofia" que apenas diz o que é, mas quando diz o que é, quando interpreta, já realiza o ser na forma de justiça.

Assim, diz Gadamer,²⁶ o exemplo da hermenêutica jurídica, assim como da hermenêutica teológica, é esclarecedor.

Ao interpretar a lei, o juiz, como o sacerdote diante do texto sagrado, não faz uma interpretação teórica, mas a aplica com conseqüências práticas para a vida. Realmente, a decisão judicial não é uma sugestão, mas uma ordem que se insere na realidade, como a interpretação da Palavra de Deus visa a conversão e também não é mera teoria. Ao menos Santo Agostinho encara a religião assim: Deus é para ser vivido e não só para ser contemplado!²⁷

Na hermenêutica jurídica, com efeito, o juiz deve interpretar praticamente, ou seja, com a consciência de que a sua decisão é a aplicação tópica da lei genérica e teórica. Essa aplicação visa eficácia, acatamento, enquanto que, por outro lado, assume status de realidade, com conseqüências práticas na vida de alguém. Trata-se do *dar a cada um o que é seu*. Será que essa consciência da natureza da hermenêutica jurídica tal como apontada por Gadamer realmente ocorre?

A BASE FILOSÓFICA PARA TODA HERMENÊUTICA

A hermenêutica jurídica, na realidade, viu-se tomada pelo método como fim em si mesmo, como toda a interpretação.

O pensamento moderno foi a base do desenvolvimento de todas as ciências particulares e o Direito, da sua maneira, procurou seguir o procedimento para a decisão "correta" e não propriamente "verdadeira", tendo em vista que a Verdade já

26 *Verdade e método*, cit., II, 2, c.

27 *Acerca da doutrina cristã*, cap. XXXIX. Heidegger iniciou seus estudos com tese sobre Santo Agostinho.

não era interessante. *Justiça* se tornou, assim, não o sinônimo de Verdade, mas do correto. Ou seja, instaurou-se a era do constitucionalismo, onde vige o princípio do "*due process of law*", do devido processo legal, que supõe justiça como algo definido em lei. A lei aqui é a condição da certeza, das regras do jogo previamente definidas, pois o direito burguês é o direito da certeza dos negócios, instrumento que alavanca o capitalismo tardio por meio do contrato, possibilitando o desenvolvimento dos negócios.

Não tarda a inspirar a interpretação da lei o puro legalismo das escolas analíticas e exegéticas, cujo princípio é o dogmatismo da vontade "popular" representada pela atividade legislativa. Numa democracia é inadmissível que alguém, mesmo o juiz, ou "principalmente o juiz", representante do despotismo do *ancien régime*, venha a corromper o sentido da ordem geral e prévia, o único modo de ser "justo" no sentido de se dar leis iguais para todos e de todos serem iguais perante a lei.

O que não se percebia, ou se disfarçava ideologicamente, é que a lei, a *norma*, diante de *fatos*, é a decisão, a escolha, de um *valor*!²⁸ Ainda que Miguel Reale apregoe a harmonia desses três fatores, a verdade é que, a princípio, onde está presente a norma, por ser ela o único elemento escrito, objetivo e dogmático, portanto, ela é que prevalecerá.

Evidentemente, se prevalece a norma, prevalece, na realidade, o valor nela escolhido, o que, ao invés de "purificar" o direito como pretendeu, dentre outros, Hans Kelsen,²⁹ quanto mais o direito é lei, mais está nas mãos da conveniência de quem a faz. E isto é a excelência da ideologia.

Habermas, por exemplo, visando uma sociologia "construtivista", isto é, uma ação comunicativa que é ainda uma ação estratégica no sentido de "fazer" um mundo (da vida), o "lebenswelt", procura utilizar exatamente o direito como lei como ferramenta essencial da integração social pela sanção.³⁰ Daí que, para ele, um conceito de "justiça distributiva" perde o sentido.³¹

Se o pensamento moderno entrou em crise, não será a "teoria do agir comunicativo", de um lado sociologia e de outro idealismo, ou qualquer outro normativismo, a salvação.

28 Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*.

29 *Teoria pura do direito*.

30 *Teoria dell'agire comunicativo*, p. 796.

31 *Consciência moral e agir comunicativo*, p. 149.

Ainda é melhor reconhecer que não há competência para *constituir uma verdade*, mas, tirando-a do poder do Homem, se deve apenas manifestá-la, pela linguagem, o *logos*, como aparece.

Só assim a ética será respeitada na ação política, em vista da maior das virtudes, a *Justiça*. E como justiça é prática, resume-se na máxima "*dar a cada um o que é seu*", que, na verdade, é reconhecer o que é. Trata-se não só o que *é de alguém*, mas o que *é alguém*, pois então deixamos de lado o valor como algo econômico que representa propriedade, "um ter alguma coisa", para colocarmos no lugar a possibilidade de "um ser alguma coisa" e se cristaliza no dar o que realmente é da cada um, a oportunidade igual.

Assim também não é o direito natural aristotélico um igualitarismo injusto e forçado no estilo idealista do marxismo conhecido e interventor da natureza, nem é um guardião do individualismo idealista do liberalismo desdobrado em um capitalismo.

CONCLUSÃO

É preciso, portanto, que a filosofia como hermenêutica, ou, a *Hermenêutica Filosófica*, dê luzes à prática científica das Humanidades, do mesmo modo que a praticidade do "dizer o direito" deve inspirar a filosofia a ser praxis, nem só teoria e nem só prática equivocadas.

Aí podemos ver que Verdade é praticada como Justiça, e a estética disso é o Belo, não como prazer do agradável, mas como reconhecimento de si mesmo e ao mesmo tempo como junção das identidades, pois é a suprema revelação do SER .

À pergunta inicial: "Filosofia para quê?", acabamos tendo que juntar antes a essencial e primeira: "Que é filosofia?" Mas foi na resposta sobre o que é filosofia que acabamos percebendo para que ela serve. A Filosofia, na inutilidade de si mesma, é útil para tudo. A Filosofia é útil e necessária para a vida, pois quem está vivo necessariamente filosofa.

As ciências humanas devem trabalhar filosoficamente ao lado da sua instrumentação técnica, pois em relação ao ser humano e, portanto, à conduta, só é possível cumprir o projeto adaptando-o a cada instante às vicissitudes da vida.

No entanto, a Filosofia nada mais faz do que procurar entender a vida. Viver

mesmo é Arte e na obra de Arte o SER aparece em todo o seu resplendor.

HISTÓRIA DO PENSAMENTO: ECOLOGIA E ECONOMIA

A princípio, a discussão iniciada por Heráclito e Parmênides, a respeito do mobilismo e imobilismo do SER, e que ainda não terminou, é o *leit motiv* da história da filosofia. Nada é tão antigo e tão atual como a discussão acerca, não propriamente da essência pura, ela mesma abstrata e sem sentido, mas da sua manifestação como ente no cotidiano concreto do homem. Por isso, é uma história da filosofia que se reflete como filosofia da história.

Antes de Heráclito e Parmênides iniciarem a filosofia no mundo metafísico da idéia de ser a partir das suas manifestações, o pensamento era tão somente *physis*, inobstante Pitágoras já tenha delineado a essência como formas geométricas interpretadas matematicamente, e, pois, logicamente. Contudo, ainda aqui se tratava de ver a essência na coisa em si, isto é, na forma visível – mensurável! –, do mesmo jeito que os primeiros pre-socráticos procuravam identificar fisicamente o ser, a partir de um componente principal da constituição da natureza.

O caráter transcendental da filosofia é inaugurado com a transposição da aparência da coisa em si, como fenômeno de um "nômeno". A partir de Heráclito, percebe-se que a essência não é um componente da coisa visível, isto é, concreta no cotidiano do homem, mas algo comum a todas as coisas, que são elas mesmas, diferentes entre si.

Também Parmênides observa isso, mas de um ponto de vista oposto, ou seja, de que as mudanças são ilusórias e só há uma coisa: o ser. Se é ser nunca deixa de ser, nunca passa a não-ser e, portanto, consagra-se o imobilismo. Outrossim, Heráclito, contra cujo pensamento Zenão defende o mestre Parmênides, ousa dizer que é bem ao contrário. As coisas mudam eternamente. "Tudo está sendo", tudo está por se fazer e, logo, a essência é a mudança. Como pode, no entanto, o ser transformar-se (em não-ser)? Ora, é essa constante acomodação no cotidiano – que é diferente conforme captam nossos sentidos! – que mantém o ser sempre sendo. O problema é que o ser – imutável – se revela em cada momento – na mutabilidade –, de modo que o tempo é apenas isso: a sucessão de aparições do ser abstrato na forma concreta do cotidiano.

De qualquer modo, o mais importante a ser salientado aqui é que a História da

Filosofia gira sempre em torno do Realismo empírico de Heráclito em contrapartida ao Idealismo puro de Parmênides. Essas duas posições, na verdade, resumem toda a Teoria do Conhecimento, embora isso não a simplifique, mas, ao contrário, das combinações relativas dessas duas assertivas surge uma gama tão complicada de teorias acerca da possibilidade, origem e essência do conhecimento⁴⁷ .

CARÁTER JURÍDICO-IDEOLÓGICO DA HISTÓRIA

A História, muitas vezes tida como decorrência natural, isto é, da essência do homem, pela filosofia e pela religião, pode ser fruto também de um caráter ideológico, no dizer de Marx, primeiro da necessidade em sentido estrito, e depois da ganância, no momento em que se percebe que, do que se produziu por necessidade, a sobra pode gerar lucro. Da mais valia surge então o capitalismo, posteriormente garantido pelo Estado, isto é, o direito contratualístico, nos moldes do Liberalismo. Como é que a visão filosófica do Direito contribuiu para isso e quais as conseqüências ecológicas dessa visão "economicista", por assim dizer, do mundo? Ou: quais as conotações de "eco-logia" e de "eco-nomia" na História do Direito? Ainda mais, diante da evidente crise da modernidade com que muitos acenam, quais as opções que se nos apresentam para a "pós-modernidade"?

Não há uma preocupação de rigor na divisão dos períodos históricos, mas apenas uma demonstração das características, a nosso ver, dominantes, pois é sabido que todas as características do pensamento estão presentes em todas as épocas, havendo apenas um predomínio que emoldura cada época. O importante será, no entanto, a demonstração da evolução dessas características, o que, muitas vezes significará não um progresso em linha reta, mas uma busca que não considera cronologia.

A IDADE CLÁSSICA

Por Idade Clássica denominamos aqui, sem rigor sistemático, o período do Pensamento que vai até a Grécia antiga, especialmente Aristóteles, no seu estudo a respeito do Ser, isto é, a Ontologia.

O período clássico, portanto, se caracteriza, para nós, pelo estudo do SER, isto é, a Ontologia, também denominada Metafísica, a princípio envolvida ainda pelo Mito, quando a filosofia grega se misturava à Poesia e mesmo a tradições culturais de cunho religioso. Esboçava-se, no entanto, uma conotação já voltada para a demonstração racional. Pode-se dizer que, nos primórdios da cultura grega, ainda que se usando da explicação alegórica, típica da religião, se buscava, na verdade, compreender. Compreender tudo o que estava ao redor, isto é, a natureza. Daí o termo "phísis", natureza, no sentido de aparência, pois o que aparentava era o "fenômeno" do que estava na essência, oculto. Era o "ser" de alguma coisa.

Sabe-se que os primeiros filósofos gregos, assim chamados "filósofos", trabalhavam a noção de natureza. "Metafísica" seria o que está atrás, por detrás, do que aparece, a natureza, a "fisis". Procuravam então desvendar qual era a essência, o ser, de "essere" em latim, ou, "onto", grosso modo, no grego. Portanto, "Metafísica" é também "Ontologia". Estudo do Ser! O importante é perceber que, em termos de Natureza, a Filosofia do Ser leva à contemplação, ou, como o termo "Filosofia" sugere etimologicamente, "amizade" com a sabedoria, com a Verdade que é buscada na Natureza, ou seja, com a própria essência da Natureza.

O homem busca mais do que explicação, busca compreensão!

A Filosofia, portanto, apresenta-se como *filosofia em si*, inobstante o relativismo de um Protágoras, por exemplo, venha tentar a mente no sentido de se criticar eventual dogmatização do saber, fundando, desde já, o método dialético de busca da verdade.

Certamente, os sofistas, por exemplo, bons rábulas da vida forense antiga, usavam o método relativista, sofisticado, para demonstrar o "correto" e nem sempre o "verdadeiro", o que, muitas vezes é tido como "mau-caratismo", mas que ajudou a entender que há uma diferença de forma e conteúdo na lógica, podendo-se aperfeiçoá-la como método científico mais tarde, inclusive no Direito e dentro deste, no processo judicial como instrumento de busca da verdade.

Aliás, em termos de Direito, o que vigia em termos de busca da Verdade na Filosofia, respaldava, no Direito, a busca da Justiça por natureza, ou seja, era o chamado "Direito Natural Clássico".

Dentre as muitas consignações que se faz com o termo "Direito Natural", podemos distinguir o "Direito Natural Clássico" como a busca efetiva da verdade

para praticá-la. Em termos de Natureza, é a busca do "Kosmo" (ordem), em contrapartida a "Kaos" (desordem). Se uma conduta resvalou pela desordem, isso abala o todo, o "Ordenamento" do cosmo, do qual o homem faz parte e cumpre devolver o "status quo", isto é, voltar ao momento anterior, restaurando a ordem, não jurídica, como se verá mais tarde, mas a própria ordem natural.

Portanto, em relação à Natureza, vemos que, naquela fase, o homem se sentia, de modo geral, parte viva da Natureza. Fazia parte, era seu servo, já que a sua essência como Homem, residia na Natureza. A Natureza, representada sobretudo pela figura da terra, era a *Mãe Natureza*.

Do ponto de vista religioso, hoje encarado de certa forma como *panteísmo*, a visão que se tinha é que a divindade estava "escondida" por detrás da natureza visível, ou seja, dividindo-se em *essência* e *fenômeno*, a Natureza era o que aparece, "fenômeno", enquanto que a "essência", a Verdade, é o que se esconde. Daí o termo *Metafísica*, isto é, o que está atrás (meta), natureza (física).

A palavra *Paz* tem aqui o sentido de harmonia, ou seja, de "Kosmo", ou mais, de integração num corpo só que é o *Universo*.

Se a divindade é a própria alma da natureza, compreende-se o respeito a ela como essência do próprio homem que só pode viver ligado a ela, como um galho a uma árvore.

Só depois, quando a Ordem cósmica passa a ser mera "ordem jurídica" é que vai se entender "paz" como *pacto* (pax), ou seja, um tratado (contrato, por assim dizer), que evitará a guerra. Paz, no sentido antigo, ainda não era apenas o antônimo de guerra, mas a ausência de conflitos entre os povos, que no direito internacional corresponde ao crime no direito interno, é uma consequência dessa harmonia com o cósmico que é, em síntese, a própria divindade. Lembre-se ainda que o que é o "crime" juridicamente falando é o "pecado" em termos de Teologia.

Há que se lembrar que, embora a fase do Pensamento já estivesse em pleno vigor, e portanto já se perde a inocência do Paraíso, a vida na Natureza, sentindo-se o Homem parte dela como qualquer outro elemento, permite-nos dizer que ainda não estava inaugurada a História como progresso. Parte dela, o Homem se via como feito de "terra, água, ar e fogo", semelhantemente à idéia hebraica de húmus: o homem é terra e à terra voltará, o que sugere uma maior humildade do que posteriormente se verá quando surge o "antropocentrismo".

Aqui o Homem ainda balbucia a Razão. Sua busca ainda é mitológica e temos a Filosofia como a busca da compreensão, e a Arte, como sua expressão, ambas aliadas ao Direito, a prática da Justiça e à Religião, explicação simples dos fenômenos.

Nesse sentido, "sociedades primitivas" são, sobretudo, as "sociedades" não-ocidentais. Estas que não fazem "história" no sentido de progresso, porque não têm necessidades que as levem a isso. Só podem ser entendidas como "não civilizadas" se o termo "civilização" for entendido como derivado de "civita", cidade, o mesmo que "polis". Civilizado e polido são a mesma coisa, ou seja, um termo de conotação relativa e não absoluta: o que não pertence a uma determinada "civilização", isto é, a uma determinada "cultura".

"Civilização", portanto, é um termo que não tem valor genérico, mas só pode ser entendido diante das circunstâncias de quem fala e de quem é designado, um em relação ao outro. Na medida em que cada cultura é uma cultura, cada uma delas representa uma "civilização". Ou seja, cada uma delas representa determinadas maneiras de relacionamento que, no seu contexto, é o que vale.

Pode-se dar o exemplo do índio no Brasil: tanto quanto ele para o branco, este para o índio representa uma cultura diferente, nem mais nem menos "civilizada". Aliás, a única maneira absoluta de "civilidade" é o entendimento e pois o respeito à cultura alheia. Num sentido amplo, Cultura significa Direito, pois são os costumes e, pois, os *valores* que irão determinar a juridicidade dos atos.

É importante distinguir desde já, no entanto, que o Direito Natural Clássico, com Aristóteles, por exemplo, vai tomar a conotação de ponto de vista filosófico, mais do que mero "costume" (Culturalismo), fugindo do contexto relativista deste, embora o aceite dentro daquilo que lhe compete.

Em suma, o período clássico se caracteriza, na filosofia, pela busca da verdade em si, como respeito à ordem das coisas, ou seja, a Natureza, sendo a Justiça exatamente a reposição dessa Ordem Natural. É, de certa forma, uma "ecologia", no sentido etimológico: estudo da casa (oikós), sendo a casa do homem a própria Natureza!

Os romanos, que se helenizaram, trouxeram para o Ocidente europeu a cultura grega e, ao sistematizarem essa busca da verdade, tão grega, introduziram o conceito prático de Justiça, fazendo, a exemplo da "Ordem Natural" uma

determinada "Ordem Jurídica". Conheciam, porém, a relatividade das culturas e, por isso, talvez uma das causas da sua longevidade, respeitaram as culturas dos povos que conquistavam militarmente, de modo que surgiu em determinado período a figura do "pretor peregrino". Era o aplicador do Direito para os povos bárbaros conquistados. Os romanos sabiam que não poderiam convencer os não romanos a respeitarem as leis romanas, que nada tinham a ver com essas culturas. Tais leis podiam ter *vigência* mas não *eficácia* e, para resolver problemas práticos, isto é, conflitos que clamavam pela ação da autoridade, entenderam que era preciso conhecer as circunstâncias dos comandados, aqueles a que se destinavam as decisões. Não é nova, portanto, a "sociologia jurídica"!

A IDADE MÉDIA

A Idade Média se caracteriza para nós, mais do que em um período cronologicamente demarcado, numa maneira de entender o mundo, dentro da qual começa a surgir um ponto de vista mais tarde conhecido como "ocidental". Dá-se, portanto, de modo especial, e por excelência, na região então denominada Europa Ocidental. Ou seja, no território deixado pelo Império Romano do Ocidente quando da sua queda total.

Ao lado de estradas, aquedutos, termas e pontes, os romanos deixaram abandonadas na Europa duas outras grandes obras, além da arquitetura: a língua e a cultura jurídica.

Essas características da Idade Antiga não foram relegadas, mas, ao contrário, foram sendo assimiladas e chegaram, de alguma forma, até os nossos dias. Há que frisar que o próprio Cristianismo até então não havia se confrontado com o modelo clássico, mas, ao contrário, se alimentava da sabedoria grega, inobstante a tornasse cada vez mais como instrumento.

Antes disso, porém, mister se faz a observação de que, com a queda do Império Romano, talvez se sentisse que era o fim da História. Uma História, aliás, que sequer tinha a característica de hoje. Daí a divisão dos períodos, pois cada época tem a "sua história".

Algo de extraordinário havia ocorrido na época anterior, no seio da cultura grega, que é o Cristianismo. Essa nova visão de mundo minou por dentro o seu

então principal inimigo, o próprio Império Romano, mas, ao ter contato tão íntimo com este, ou seja, ao vencê-lo a ponto de ser oficializado pelo Império, realizou uma vocação ocidental, já não grega dos primórdios: a oficialização ou institucionalização.

Caiu o Império Romano, mas o espírito "cristão-ocidental" permaneceu mais forte do que nunca, agora realizando a sua vocação não só de oficialidade, mas de herdeiro e sucessor da força romana. A Idade Média vai se caracterizar assim pelo pensamento teológico. O estudo e a busca do Ser por si mesmo é substituído pela busca ou pelo conhecimento de Deus. Aquele ser inefável é o Deus em pessoa apresentado pelo Cristianismo. Não uma invenção sua, mas um aperfeiçoamento da religião monoteísta judaica, agora revestido da instrumentalidade do pensamento grego e da oficialidade do Império.

Se a procura do ser se dava na natureza, e isso podia ser encarado como "panteísmo", ou seja, Deus é tudo, a busca religiosa de Deus na Idade Média é caracterizada pela sua palavra. O próprio Deus se comunica com os homens pelo "logos". A razão grega, aquilo que une e realiza o homem na polis, aqui se transforma na razão do mundo criado. Se o ser estava na Natureza e era a Natureza, agora a Natureza é criação. Deus *está* em tudo, mas não *é* tudo. Deus é o que é!

Qual seria a consequência disso? Ora, o homem que se sentia parte da natureza, passa a se destacar como "rei da criação", pois mais do que qualquer criatura, é a única que está "à imagem e semelhança do criador". Essa característica da religião monoteísta hebraica é difundida pelo Ocidente: a Natureza foi feita por Deus para servir o Homem! Por isso é que o sol deve girar em torno da terra, onde se insere o homem, mesmo porque o sol fixo, girando em torno dele o homem, faz sugerir antigas divindades com a figura do "astro-rei", mas esse sol que se adoravam antes é agora o Cristo. Nem a idéia hebraica de que o homem é húmus, isto é, veio da terra e à terra voltará, impediu que se abandonasse, no Ocidente, a diferença entre o Homem e a Natureza.

E o homem, que convivia harmoniosamente com a natureza, por estar no mesmo nível de todos os demais entes, passa a se servir dela.

Bem, se o Ser está acima da Natureza, como explica então a "metafísica" medieval, nada mais há que aprender da Natureza a não ser entendê-la para

dominá-la. A Revelação de Deus se dá pela sua própria Palavra. Cuide-se, portanto, de estudá-la, ao invés de estudar a Natureza.

Obviamente, estude-se a Palavra de Deus com o cuidado de escutar os seus comandos: só se pode explicar ou esclarecer a *Vontade* de Deus, jamais discuti-la. A Filosofia se caracterizará então como *serva* da Teologia. A Filosofia será não mais a busca desinteressada da Verdade, mas um método de pensamento em busca da explicitação exegética, diante dos dogmas.

O Direito, portanto, é agora não mais a ordem natural, mas a ordem moral derivada da Vontade de Deus. É um direito revelado por Deus e que se encontra nas Sagradas Escrituras, cuja intérprete oficial é a Hierarquia da Igreja.

Santo Agostinho havia dito antes que a História é inaugurada com o (auto) exílio do Homem do Paraíso. Em face do pecado, o homem deveria correr atrás das suas necessidades: comeria o pão, fruto do suor do próprio rosto, segundo a tradição hebraica. Ou seja, o homem começa a se entender como "homo faber", o homem que faz. É o começo do "antropocentrismo", quando não só o sol, mas toda a natureza deverá girar em torno do homem. Esse "egoísmo" típico da primeira idade (infância), na História, não obedece a cronologia psicológica.

Aos poucos, sem a instrumentalidade do Direito Romano, a Idade Média vai se voltando para uma autoridade religiosa exercida pela Igreja que, de alguma forma, e através do nascente Direito Canônico, resolve os seus problemas. Perde-se a autonomia da filosofia - e daí a Idade Média ser chamada pelos iluministas de *idade das trevas!* -, mas vai-se ganhando uma forma "teocrática" na vida secular: o Direito canônico assume, pela primeira vez na História do Direito, a forma escrita, exatamente pela sua característica dogmática, e sua autoridade é incontestável, tendo em vista a autoridade da Igreja não só para dizer o que é certo e o que é errado, ou para condenar à morte de fogueira, mas para condenar mesmo para o resto da Eternidade...

O "crime" é o "pecado" e o "castigo" é o afastamento de Deus. Impõe-se uma "penitência" para a mudança de vida, isto é, a volta da paz, a *reconciliação* com Deus.

Essa visão medieval, por assim dizer, vai fortalecer a Igreja de um lado, mas dará também as sementes para o florescimento da atividade jurídica laica: um ordenamento jurídico racional, ou seja, independente do Cosmo natural.

A IDADE MODERNA

Podemos perceber então que o movimento pendular, dialético, da História, foi de um lado a outro. Novamente o pêndulo se movimenta, mas não propriamente no sentido anterior. É um pêndulo que inova

Se a Idade Média representou um obscurecimento em razão da dogmatização do pensamento, atribuía-se isso genericamente à metafísica.

Haveria que evoluir: a Ciência moderna, representada pelas descobertas, à contragosto das autoridades eclesiásticas, muitas vezes, da física moderna, entusiasmaram os pensadores.

Inaugurava-se, outrossim, um certo "ceticismo" em relação à Fé, de um lado, e em relação à Tradição da Igreja, de outro.

Quanto ao ceticismo contra a Fé, os Enciclopedistas, por exemplo, queriam instaurar um "novo tempo" (*neuzeit* em alemão fazia crer a Hegel que havia-se chegado - mais uma vez! - ao fim da História...), sendo que esse novo tempo só poderia se fiar no conhecimento científico, vale dizer, empírico. Tudo o mais era "metafísico", ou seja, palpite.

O ceticismo contra a Tradição da Igreja ficou claro com o movimento da Reforma Protestante. Possibilita-se não só uma fé individual, sem a necessidade de se filiar aos mandamentos da Igreja de Roma, mas se possibilita mais ainda, a própria relação direta com Deus, sem intermediários. Ora, se assim é, podemos afirmar que a Reforma Protestante se dirige especialmente contra o sentido "católico" da Igreja, isto é, "universal". Universal quer dizer único e agora já não há uma única instituição autorizada a interpretar os mistérios da vida e da morte. Cada um é dono de si e pode exercer os seus direitos. É a "desdogmatização" do saber!

Junte-se a isso que a Filosofia, que era, na Idade anterior, serva da Teologia, ao invés de recuperar o *status quo ante*, passa agora a ser serva da Ciência. A filosofia só pode ser útil como instrumento do método científico. Louve-se a ciência moderna pela preocupação com o *método*. O método possibilita a uniformidade das investigações e, portanto, a aferição dos resultados empiricamente constatados. Evita as variáveis, que são interferências imprevistas.

Porém, o ceticismo levou a dois caminhos nesse campo: o ceticismo quanto à Verdade e o ceticismo quanto à possibilidade de se descobrir a Verdade. O primeiro é absoluto e o segundo relativo. Se não há Verdade, tudo é relativo e cada um pode ter as suas próprias idéias! É o individualismo cientificamente fundamentado. Hobbes vai dizer então que "o homem é o lobo do homem", pois cada um tem as suas próprias razões: prevalece a vontade em detrimento da Verdade. A vontade do homem não é como a vontade de Deus, que, no fim das contas é a Verdade, mas a idéia de *vontade de Deus* abriu caminho para que se entendesse que a vontade é a propulsora da vida.

De outro lado, os crentes não podiam partilhar disso, pois era a destruição da fé. Diante do racionalismo, o que mais de novo havia, entendeu-se que a Verdade (talvez a Vontade de Deus) era inquestionável. O que se tornava difícil era conhecê-la! Esse ceticismo metodológico é inaugurado excelentemente com a "Teoria do Conhecimento" de Kant, que tem um pé no empirismo de David Hume. A Teoria do Conhecimento vem exatamente questionar, pela primeira vez de modo sistemático, a possibilidade do conhecimento, concluindo pela negativa.

Dessa forma, o método, que era meio, passa a ter o status de fim em si mesmo, já que o próprio método irá determinar o resultado da pesquisa.

Portanto, o Direito que era a Ordem Natural e depois a Vontade de Deus revelada, passa a ser agora novamente uma Ordem. Mas não é a ordem natural ingênua de antes, afirmará Ugo Grócio. É agora a "ordem racional"!

Essa ordem racional, para alguns, porém, não deixa de ser um "certo" direito natural, pois é a *declaração* dos direitos naturais do homem, sendo essa declaração a *garantia desses direitos*, sem ela obscuros.

Essa declaração de direitos se torna tão importante que o Direito, antes um "ser", é agora um "dever-ser". Não importa o que simplesmente é naturalmente, mas aquilo que se declara que será a partir de então. Trata-se de um contrato, o "contrato social". Obviamente, o contrato também é *constitutivo*, pois se não se conhece a verdade, fica difícil imaginar que as leis irão declarar essa verdade. Na verdade, elas irão constituir uma verdade, julgando declará-las. Constituição tem aqui o sentido exato de determinar ou de fundar uma nova situação. Daí que substituindo a ordem natural, a Ordem Jurídica e Constitucional, irá prever que no lugar da desarmonia com a natureza, de um lado, e com o simples "pecado" que é o

afastamento de Deus, de outro, temos a figura do conflito: internamente é o "delito" e externamente é a "guerra". O papel da lei é fazer voltar a "paz", ou é ela mesma, como Ordem Jurídica, o pacto (social), a possibilidade de convivência. Trata-se do *contrato social!*

A Natureza, a esta altura, é mera *fonte de riquezas*, já que o Homem é o senhor da criação e esta foi feita para ele.

Está autorizado, portanto, a fazer uso da natureza para satisfazer as suas necessidades, o que, de certa forma, não é novidade, mas só que agora, pode fazer abranger nesse conceito de necessidade também o *ter*. Antes a necessidade se limitava ao mero *ser*, ou seja, *sobrevivência*. Agora, porém, descobre que, satisfeita a sua necessidade primária, a sobra pode ser negociada. O comércio assume então uma nova característica, a do lucro. Com o individualismo surge a categoria burguesa do *proprietário*. Este, mais do que *ser*, quer *ter*. Para isso é preciso *liberdade* econômica, daí o *Liberalismo*. A palavra *economia* vai designar, portanto, a capacidade de dominar a Natureza.

Se etimologicamente economia significa as "regras da casa", pode-se contrapô-la a "ecologia". Ecologia é o estudo, no sentido de observação da Natureza (a casa do homem), no sentido clássico de aprendizagem com a Ordem cósmica, isto é, imitação da Natureza. Já a palavra "economia", no sentido moderno de *regra como lei*, será a designação de intervenção na Natureza.

Em lugar do BELO passa-se ao ÚTIL!

É assim que a "economia moderna", tendo como antecedente a visão jurídica do mundo, traz, como conseqüente, a posterior visão estética do Ocidente, segundo a qual, "belo" é o que agrada, como assevera Heidegger⁴⁸. É o útil ou o que diverte, poderíamos esclarecer.

O progresso científico experimentado de lá para cá, com a experiência da revolução industrial, decide de vez pela intervenção na Natureza, de modo que há cada vez mais sobras para investimento, a mais valia apontada por Marx, e que exigirá um esforço grande no sentido de se garantir a sua aplicação. Somados individualismo, liberdade para possuir e construir riquezas (John Locke) e beneficiamento das riquezas naturais, surge o Capitalismo moderno, ainda, nessa fase, de maneira primitiva.

Economia, portanto, é uma ciência no sentido de um estudo de um dado ou de

um conjunto de dados apenas no sentido de se entender a natureza para se intervir nela. Nesse sentido, não compartilha do sentido clássico de ciência como sabedoria. É o contrário de *Ecologia*.

Por outro lado, sendo o homem parte da natureza, ele próprio não é mais respeitado pelo seu semelhante, que, na medida do seu poder, o vê também como objeto de exploração e fonte de riquezas. É o "recurso humano" da natureza. E, como diz Hobbes, "o homem é o lobo do próprio homem". Quando a natureza, pelo seu componente inteligente (agente) se desintegra, é o caos. Temos então, por esse ponto de vista, o Anarquismo como algo ruim. Não se acredita – ou não se interessa – no homem bom, como era o "bom selvagem" lembrado do silvícola brasileiro por Rousseau. Esse homem do Paraíso não existe mais! O homem civilizado, contraditoriamente, é o que precisa de leis para contê-lo!

O SÉCULO DEZENOVE

O século 19, embora ainda dentro da chamada "Idade Moderna", já assume características diferentes, inclusive porque, depois da revolução científica e industrial, as coisas caminham mais depressa. Será difícil daqui para a frente a divisão em blocos tão extensos cronologicamente.

Outrossim, o século 19 parece ter como característica, ao menos numa abordagem superficial e voltada para a nossa pretensão, ser apenas uma passagem para o século 20.

Tal se dá com a instauração efetiva do *Estado Moderno*, que vai surgindo a partir da visão moderna de política.

A característica principal do Estado Moderno é trazer para si a competência para *declarar direitos*, ou seja, para fazer leis.

Lembre-se que o *Historicismo*, inclusive com Savigny, nasce da preocupação sociológica de se buscar o Direito na realidade cultural, ou, como se disse em alemão, direito era o *volksgeist*, o espírito do povo.

Mas, do mesmo modo que o contratualismo de fundo idealista, acabou se rendendo à tese de que o direito acabaria sendo declarado pelos "representantes do povo", ou seja, o Estado. Daí a se "constituir" direitos (e deveres) não se está longe. Habermas nos lembra que o Estado Moderno é o Estado que pune. Tomando o lugar

dos senhores feudais, seja o bispo ou o rei, agora se deve obediência ao Estado e os vassalos desse novo senhor, se têm alguma garantia no direito escrito, têm claro ali também os seus deveres.

Foi o que ocorreu no século 19. Consagrando-se o Direito como Lei, estatiza-se o Direito. E ao se estatizá-lo, fortalece-se o Poder do Estado, dando-se o lugar da Filosofia à *Ideologia*.

Ideologia é, portanto, o método – muitas vezes sutil! – não de se esclarecer a Verdade, mas de se estabelecer o *interesse* ou a *conveniência*.

Obviamente, o interesse do Poder é o de se fortalecer. O Poder não é suicida, pois o Poder que abre mão do Poder não é Poder. Não existe "pouco" poder. O "pouco" poder já é poder suficiente para querer se manter absolutamente. Ou se acredita que na *Democracia* o Poder não tem os seus lacaios?

O que sobra para a Filosofia, portanto, nessa época, é o papel de *serva* do *procedimento político*.

Conseqüentemente, o Direito é o *direito legal*. Mais do que simples declaração de direitos, porém, torna-se o Direito a *garantia da obediência*, pois a *lei* nada mais é do que o *comando regulado do poder*.

O fato de ser um comando regulado, porém, não está a serviço dos direitos humanos como se previa no Iluminismo, mas sim, ideologicamente disfarçado, está a serviço do próprio Poder. As ordens do Poder estão agora bem dispostas, contando com uma ferramenta eficiente que é o método científico-filosófico. O Direito é colocado no pedestal das ciências modernas no momento em que menos se aproxima da ciência no seu sentido clássico!

Não é sem motivo que, logo após a comemorada Revolução Francesa, acreditando-se abandonado o velho regime despótico, o *ancien regime*, e inaugurado o período dos direitos, vê-se surgir um déspota como Napoleão.

O Código de Napoleão, com efeito, substitui o "Direito" por si mesmo, ou seja, o que importa é a lei e não o Direito. Vale dizer, o que vigora realmente não é a Verdade e nem mesmo a Vontade de Deus, mas é a vontade do legislador, ou seja, do Poder.

Do mesmo modo, porém, que se dá com a interpretação da Vontade de Deus, deve-se ater ao esclarecimento "desinteressado" do comando legal. Nessa época, para se ter idéia da falta de liberdade interpretativa, ensinava-se na França não o Direito Civil, mas o Código Civil.

A Natureza é ainda fonte "inesgotável" de riquezas, mas agora está sob intervenção da iniciativa "privada" garantida pelo Estado através do Direito como Contrato. O Estado é a garantia do Capitalismo e, sendo o Estado Moderno, teoricamente, mínimo, pois é "um mal necessário" para a garantia da liberdade, fortalece o *Liberalismo*.

Claro que o Liberalismo, ao pregar um Estado mínimo, isto é, um Estado que garanta a iniciativa privada, sem nela intervir, quer o Estado como guardião das riquezas privadas. Mas quem não é proprietário não é *burguês* ou *cidadão*. Logo, as leis são feitas por um Estado que não representa a todos, mas a uma parcela que, a despeito de até ser menor, é a que tem maior influência na constituição do Estado. É uma ideologia. A lei não é realmente fruto da vontade de todos, mas de alguns. Assim sendo, é uma arma que não fere quem a empunha, como diz Zaffaroni citando o folclore equatoriano.

Caminhamos, dessa maneira, para a *crise da modernidade* no século 20.

O SÉCULO VINTE

A classificação do século 20 ainda é confusa, seja pelo motivo de que ainda não saímos dele, seja porque as coisas agora mudam tão drasticamente que fica difícil entender o século presente como um só momento.

Quanto a uma coisa, porém, não há dúvida: é o século da tecnologia.

Inobstante essa característica, continuamos a trabalhar – e a conviver! – com a herança do século 19 que foi o século das leis. Diríamos, ali se deu a "juridicização" do pensamento e da vida de modo excelente.

Se desde os primórdios, como demonstrado, a vida é encarada filosoficamente como um desafio da Verdade e da Justiça, no século 19 isso se transformou em um desafio da legalidade.

A Filosofia, abandonada a sua vocação metafísica, passando, como *serva*, a instrumento metodológico, seja da teologia, seja da ciência e depois da política,

vem se estabelecer finalmente como "filosofia política".

Evidentemente, depois de duas grandes guerras ocorridas neste século e tudo o mais que depois delas ocorreu, os valores foram questionados: percebeu-se que nada garantiria a paz e que as leis proferidas pelo Estado eram discutíveis!

Volta-se a discutir, com a Filosofia Política, a "ética" na política, colocando-se, com a própria Política, que é a instância de surgimento das leis, ou seja, do Direito escrito, também um certo ceticismo em relação ao jurídico. Os temas da modernidade, do direito moderno, já não são tão claros assim. Instaure-se a "crise da modernidade"!

Com a "crise da modernidade", não nos esqueçamos, vem a "crise ecológica": Salvar a Natureza!

Lembramo-nos, finalmente, que a Natureza é "Oikós", a nossa casa, a nossa morada.

Já no pós segunda grande guerra se vê o ressurgimento de teorias relativas ao "direito natural" e depois, desacreditando-se de todo princípio da autoridade volta-se para um novo "anarquismo", cuja resistência se dá por um novo período ditatorial quase que generalizado, tanto de países que assumem isso como de outros que os fomentam por trás, ao que, finalmente, se contrapõe um "neo-liberalismo".

Diante disso, a visão contemporânea do Direito deve encarar o que pode representar uma saída para essa crise do direito moderno, apresentando-se ao menos três opções genéricas:

- o chamado "Direito Puro"
- a chamada "Teoria do Agir Comunicativo"
- a chamada "Hermenêutica Filosófica"

Na verdade, quando se fala em se tentar salvar o Direito, está-se falando em salvar o próprio Homem. Por isso, a mudança de mentalidade se envolve com o aspecto jurídico, ao se envolver com a própria maneira de encarar o ser humano. Isso passa pela maneira de entendermos a Vida que se desenvolve na terra.

Daí a pergunta: História ou Historicidade?

Por História poderíamos entender o *fazer*, o *ter*, o *progresso*, enfim, que intervém na Natureza, no sentido moderno da ECONOMIA.

Por Historicidade, ao contrário, poderíamos denominar a tentativa de *ser*

simplesmente, voltando-nos para a postura da contemplação da Natureza, procurando integrá-la na compreensão, o que se daria numa postura digna da ECOLOGIA.

As chamadas "sociedades primitivas", isto é, não imbuídas da visão ocidental de progresso, resistem heroicamente à ameaça intervencionista dos "brancos", ou seja, da cultura ocidental, e permanecem sem "história", no paraíso. Não progredem porque apenas satisfazem suas necessidades básicas de sobrevivência, sem se preocupar com o emprego lucrativo da sobra. E por isso nem se preocupam em fazer sobrar.

Entre aqueles que não sucumbiram - e não se sucumbe por querer! - à ideologia ocidental, não há progresso: são primitivos, "atrasados".

Continuam, porém, dentro de uma forte tradição que atravessou imune a História Ocidental, e que os ensina ainda hoje a permanecerem filhos da terra. Exatamente aquilo que no Ocidente se pregou sem convencimento: que somos terra e à terra voltaremos!

O SÉCULO VINTE E UM

Dentre as opções elencadas antes, podemos aceitar apenas uma, embora possamos utilizar, por vezes, as outras como instrumento, já que apresentam algumas características comuns, mas são, na essência, destoantes.

A *Teoria Pura do Direito*, cujo expoente máximo é Hans Kelsen, prega, em suma, um Direito escrito, porém sem conteúdo político. As leis devem valer por si mesmas, sem se indagar de vontades. Perguntamos, porém: é possível leis sem valores?

Parece que, ao contrário, Jürgen Habermas, ao elaborar a sua *Teoria do Agir Comunicativo*, leva em conta que as leis devem ter conteúdo político sim. Por isso, para que elas garantam da melhor maneira possível que a conveniência da maioria - quase de todos! - seja aplicada, é que se deve discutir muito cada projeto, até se chegar a um *consenso* não viciado. Tanto que depois de norma vigente, ela não pode ser objeto de interpretação no sentido amplo de se dar poder ao aplicador em detrimento do criador da norma. Agora, em lugar da Vontade do legislador divino ou do Estado poderoso, temos a Vontade Popular. A questão é saber, em primeiro

lugar, se é possível um consenso perfeito, uma "democracia plena", mesmo numa sociedade altamente organizada e quanto mais numa sociedade desorganizada! Em segundo lugar, será que é possível a aplicação da lei, sempre genérica e abstrata, pela sua própria natureza, sem uma conversão realizadora, isto é, uma decisão num caso concreto? Em outras palavras, é possível, em relação ao ser humano, realizar o projeto sem adaptá-lo ou atualizá-lo segundo o momento?

Ambas as teorias apontam para a eficácia formal da lei, ou seja, a vigência. Vigente uma norma, não se discutirá a sua Eficácia de fato. A primeira porque entende que se é vigente deve ser obedecida e a segunda porque acha que se é vigente é porque foi amplamente discutida, portanto, é eficaz.

Têm, pois, algo em comum: são ainda uma "economia" no sentido de normas idealmente forjadas, isto é, de intervenção do homem na natureza (na sua própria natureza!). Conseqüentemente, partilham do brocardo que serve de instrumento ao Poder: *fiat justitia, pereat mundus*.

E se esquecem daquele outro, mais realista: *summum jus, summa injuria*.

Somente a Hermenêutica filosófica, a nosso ver, por ser Filosofia em si, e, portanto, estar a serviço tão somente da busca sincera da *Verdade*, é capaz da pergunta fundamental: aquela que procura pelo Ser!

O Ser se revela no Homem, pois é o único ser capaz de procurá-lo.

A fala é da essência do Homem, sabidamente "animal social", e a forma, por excelência de se relacionar transforma-se, na prática, em relação de *Justiça*.

Perguntar pelo Ser, dessa maneira, faz perguntar pela própria Natureza do Homem. Natureza como origem, essência.

A Hermenêutica, como Filosofia em si, como busca da compreensão, não mais como instrumento, é a única forma de se restaurar também o Direito como *Justiça* em si mesma, desinteressada.

É a única visão coerente com a do Homem que se volta para a terra e, conhecendo a sua essência, não a boia e nem dela quer o lucro, mas apenas se realizar, isto é, atender ao chamado para ser autêntico, conforme o ser.

Restaura, ao mesmo tempo, o sentido de *Belo* como aparecimento da *Verdade*, e não só como prazer estético.

Se o Direito é a marca do pensamento moderno, que é, pois o Direito?

O Direito é o que é o Homem, já que só o Homem tem direito. Se o Homem é

natureza, o Direito, ao invés de ser econômico (mera administração de conveniências), ainda que em parte também o seja, o Direito é ecológico!

O homem precisa de regras, mas esse *logos* deve ser o que une a individualidade, como uma ponte, jamais, ao contrário, um muro que isola no individualismo.

ZER O DIREITO

Onde estava o juiz? Onde estava o tribunal de justiça? Tenho algo a dizer... ergui as mãos...

(Franz Kafka, *O processo - fragmento omitido*)

Dizer o direito é tomar uma decisão sempre, pois o direito é essencialmente prático. O juiz não faz conjecturas, nem um instrumento jurídico é sede de meras discussões teóricas. A decisão terá conseqüências práticas mediante fatos, sujeitando situações e, por isso, já antes, se sujeitando a situações.

Poderíamos dizer coerentemente com Benjamin Cardozo, que o direito é aquilo que um juiz diz que é, e então precisamos estudar como se dá o processo de decisão.

Ora, é o conceito de Direito que irá determinar a natureza da sua aplicação. Como eu penso o direito, não só eu irei estudá-lo, mas sobretudo, é como eu irei aplicá-lo.

Voltamos, portanto, à questão sobre a verdade do direito. O conceito de direito, sua essência ou natureza, se situa, enfim, na realidade social, na cultura jurídica ou na questão da justiça?

Por outro lado, a natureza do direito se demonstra ciência, tecnologia ou arte?

Preliminarmente, portanto, descartamos a teoria tridimensional do direito no sentido de que os três elementos dimensionais do direito, por ela muito bem situados, sejam harmônicos a ponto de se equilibrarem, sem preponderância de um deles.

Vimos, outrossim, que numa concorrência onde a norma escrita está presente, por sua natureza dogmática e estática – é o único elemento estático, já que fato e valor são dinâmicos –, a norma tende a frear os elementos dinâmicos e assim, tende a preponderar. Entretanto, a preponderância da norma significa mais que isso: Significa a preponderância, em última instância, do valor que a norma encampa! Não podemos nos esquecer de que a norma é o resultado da interpretação de um fato, ou seja da sua valoração, ao passo que a norma se caracteriza pela sua validade, a partir dela, como fato jurídico.

Em primeiro lugar, parece que só o fato social não basta: sobre o fato se cria uma norma, ou seja, uma ordem geral, ainda que num caso concreto, mas como

precedente jurisprudencial, o que supõe a técnica jurídico-legislativa. Por isso, o sociologismo, como historicamente se vê, acaba sempre num normativismo, ainda que de origem empírica.

Em segundo lugar, a norma é fruto sempre de um valor (ideologia) e esse valor, como verdade, pode ter pelo menos duas conotações: a ontológica e a relativa.

A primeira supõe uma ideologia que se confunde com sabedoria (dizer a verdade) e se desdobra num ato de justiça. Nessa mesma medida, deixaria de ser "ideologia" para ser autêntica filosofia.

A segunda, porém, se subdivide em consensual, cultural e moral. Ainda aqui, e sobretudo aqui, se trata de uma ideologia que significa não o "justo", mas a "conveniência" que se assegura pela ordem legal. Direito é, portanto, lei que reflete valores e, na mesma proporção em que essa conveniência é conveniência da sociedade, pode se traduzir num "sociologismo" às avessas.

A verdade como conceito relativo é consensual quando se estabelece pelo acordo coletivo, tal como um contrato, através da própria lei.

É uma verdade de cunho cultural, se estabelecida através do costume, cuja característica a lei teria que encampar ou deixar livre como fonte de direito.

Seria uma verdade de caráter moral, finalmente, se fosse estabelecida conforme um "eticismo", ou seja, um padrão de condutas morais e visando a satisfazer o sentimento de moral. Confunde-se, de certa forma com o conceito cultural de verdade, mas dele se difere por causa do fim que aqui é colocado. A conduta moral visa um resultado de satisfação de princípios, ao passo que o padrão cultural não se compromete com isso, mas, pelo contrário, pode até infringir princípios éticos. A origem do princípio ético pode ser diversa da origem do padrão cultural. Exemplo disso é o "palavrão": Fruto da cultura – informalmente, é palavra corrente –, mas nem por isso é aceito como conduta eticamente correta.

Em terceiro lugar, a norma pode ter um valor meramente formal (vigência) e primar não o justo ou o conveniente, mas o meramente correto a partir de um englobamento procedimental lógico. É o "direito puro"!

Essa teoria, a de Kelsen, por exemplo, supõe o direito apenas como direito positivo, e este não passa de um legalismo lógico. Para esse autor, o conceito de "justiça" é algo irracional. Como justiça supõe verdade e esta, por sua vez, o desvelamento do ser, o próprio conceito de "ser" é irracional. Se assim é, resta

somente o direito como valor relativo, conveniente, o que é meramente ideológico e, portanto, deve ser evitado. A intenção da "teoria pura do direito" é livrar o direito, que se confunde com lei, de quaisquer elementos metajurídicos ou políticos.

Se não podemos atingir a verdade, o "ser", importa-nos, sob pena de um relativismo niilista, estabelecer um "ser", ou melhor, um "dever-ser". Kantianamente, portanto, o "dever-ser" do direito é o que a norma é ou determina. *A norma é o direito.* Não é instrumento de conveniências metajurídicas ou, muito menos, de desvelamento da verdade ontologicamente entendida. É, de certa forma, *fim em si mesma!*

Ao se examinar essa teoria, salta logo a dúvida: É possível um "direito puro"? Quem faria isso? A dúvida, porém, se transforma em certeza rapidamente: Não! O próprio Kelsen admite uma "grundnorm", ou seja, uma norma fundamental, tal como uma constituição ou lei primeira, sob a qual nada há senão questão de fato. Na verdade, não é o Estado que inventa o homem, mas o homem que inventa o Estado, a lei.

Volta-se, portanto, à disputa entre o valor como ontologia e o valor de cunho relativo, ou seja, como "conveniência" ao invés de "justo".

Em quarto lugar perguntaríamos, então, qual seria o papel do direito numa visão sociológico-normativa? Cabe ao direito interpretar ou interferir? Ser empírico ou ideal? Ou, ainda, até que ponto interpretar não é já interferir? A discussão com Habermas supõe estas questões, que deverão ser enfrentadas, pois há uma problemática legal, não só importante, mas a razão do filosofar sobre o direito nos nossos dias. Sem dúvida, há uma realidade legal que, a despeito de ser instrumento, acaba sendo também um problema, cujo impacto deverá ser neutralizado para que a lei "cumpra o seu papel".

Em quinto lugar, o que restaria para o conceito de justiça em relação à verdade ontologicamente entendida?

O termo "justiça" é apontado como derivado de "jus", "jungere", no latim, que significa "unir", como num feixe. Traduz-se também como "virtu", "virtude", a suprema virtude, que é o Bem, ou seja, ser justo. Sugere, pois, uma idéia de comportamento e de regras.

O termo grego "dike" é traduzido por Heidegger na "Introdução à metafísica", como "juntura" e significa a oportunidade, ou a possibilidade do homem ser

autêntico, ou seja, sendo diante dos outros, o homem completa-se a si mesmo, "sendo" o que deve ser: Indivíduo e político. Nesse sentido, "justo" é o que promove a dignidade do homem, animal único, na medida em que é idêntico a si mesmo, mas essencialmente político ("zoon politikon"), na medida em que se identifica consigo mesmo na alteridade, na diferença e no respeito do e para com o outro.

A noção de valor pode ser comprometida com pelo menos três dimensões:

A econômica, pragmática, onde valor é o que resolve (a necessidade) e se resume no "dinheiro".

A ética, que se traduz por virtude, no sentido estóico de conduta segundo a razão e, portanto, valorativa, ou seja, relativa e sem compromisso necessariamente com a alteridade, mas dependendo da valoração do que é racional.

A ontológica, que significa "dignidade", ou seja, respeito ao "ser". O "ser", nesse sentido, é inclusive o "ser" que se desdobra na existência ("sendo") de cada um e, portanto, respeito ao "ser" é possibilitar sua realização ou autenticidade.

A verdade ontologicamente entendida, não é mera correspondência da mente com as coisas, mas correspondência das coisas consigo mesmas, ou seja, com o seu fim. Verdade é, em suma, correspondência ou identidade. Identidade, por sua vez, é ser o que se é, pois só se é idêntico a si mesmo e, no ser a si próprio, o ser do homem que é um fazer-se, encontra um possibilitar-se a si mesmo de ser o que deve ser, ou seja, conforme o seu fim de criatura.

Qual seria, então, a natureza e o conceito de "justiça"? A natureza de justiça aponta como prática e supõe, na definição aristotélica, *dar a cada um o que é seu*. Compõe-se como conceito de verdade, que, em si, é teórico: dar a cada um o que é seu é dizer também "ser o que é"!

Porém, "dar a cada um o que é seu" supõe a preservação de uma harmonia, o "Bem comum", e como "bem", é uma virtude. Não uma mera virtude como são as outras três enumeradas pelo Estagirita, a prudência, a fortaleza e a temperança, que se referem ao próprio indivíduo e, como para os estóicos, aproveita a si mesmo, mas a justiça é a virtude por excelência, pois diz respeito ao outro e se desdobra, dessa forma, na vida política.

A justiça é, portanto, dividida classicamente por Aristóteles, em:

- Distributiva (do Estado em relação aos cidadãos);
- Comutativa (relativa aos cidadãos entre si), e

- Legal (referente aos cidadãos em relação ao Estado).

Entretanto, como a justiça, nesse sentido, supõe o outro, supõe por isso mesmo condutas de "juízo".

juízo é tomar posição, é decidir diante da realidade, ou seja, "interpretar".

Os fatos (condutas) são interpretados e geram, se caso, pelos juízos de valor, as normas.

Tais normas, por sua vez, passam a fazer parte da realidade, ou seja, é fato que há tais normas. As normas são fato e, como são fatos que prevêm condutas, ensejam também elas interpretação para a interferência ou não na conduta futura. Fazer juízo é, portanto, interpretar. Mas é interpretar aplicando a decisão, permitindo ou não um desdobramento ou outro, é aplicar a "justiça", ou seja, restabelecer a igualdade (eqüidade) entre os homens, visando o Bem comum, que é a "união" ou a "junção". É a "comunhão". Essa "reamarra" num feixe se dá a todo instante da historicidade, para se manter sempre a proporção e assim a igualdade inicial, diante da natural dinâmica da existência.

Voltamos uma vez mais ao conceito de *verdade absoluta* e que, *por ser absoluta, reside na proposição que é proporcional: muda um elemento, mudam todos na mesma medida, a fim de que se preserve a verdade enunciada.*

Mas há, segundo Aristóteles, um "justo natural" e um "justo legal", ou seja, por conveniência. Se o justo natural é o que é, o justo por conveniência depende da vontade ou da necessidade situada em um lugar e tempo e supõe valoração segundo a economia ou a ética. Supõe também a intervenção do homem e, portanto, o erro.

A confecção de normas é necessária, pois é preciso esclarecer as valorações. Mas como o "justo legal" é inserido em normas, estas normas serão sempre eivadas de lacuna, pois é impossível a inscrição de todas as hipóteses que ocorrerão no caso concreto, quando a norma deverá ser invocada. Aqui está todo o problema do filosofar o direito: como manter o justo legal ou como corrigir a injustiça legal?

É preciso que se adapte ou se converta a lei geral para cada caso concreto, como se fosse o próprio legislador a decidir cada caso real. É preciso, pois, manter a igualdade almejada, ou seja, a "eqüidade".

Nesse sentido, não basta um exercício de exegese da lei, ou seja, saber a vontade do legislador que efetivamente fez a lei, mas a vontade do legislador que decidiria o

caso concreto. O aplicador da lei é o que "corrige" a norma geral em cada caso, como se norma, como decisão anterior que é, se equivocasse. E efetivamente se equivoca!

Interpretar não é só conhecer o sentido, mas o sentido para o caso que está sob decisão. Esta é a função hermenêutica: supõe a lei como meio e não como fim em si mesma, pois o fim é "dizer o direito", ou seja, o que é justo para aquele caso. É saber o justo, é "jurisprudência".

Dizer o direito, portanto, implica em definir também a natureza do direito: ciência, tecnologia, arte.

Obviamente, se entendermos ciência no sentido positivista de "saber rigoroso e objetivo", não podemos dizer que direito é ciência. Mas o sentido de ciência como filosofia, ou seja, como "saber", é o que o direito é. Esse é o sentido de "jurisprudência", ou seja, saber (prudência) o que é justo (jus).

Os legalistas partem do ponto de vista de ciência no sentido positivista e por isso não consideram o direito como ciência, e querem, como compensação, imprimir-lhe um rigor que a natureza do direito repudia.

Outrossim, na medida em que o direito é também justo legal, como "economia" ou administração de necessidades (e vontades, portanto), insere-se num contexto de direito positivo que é a explicitação de uma ordem complexa, cada vez mais técnica e é, portanto, uma tecnologia. Tecnologia é o caráter de instrumento da norma legal. Tecnologia é uma definição de procedimentos com fins de utilidade. A lei cabe perfeitamente nesse conceito: É meio e não fim em si mesma.

O que dirá do direito como arte?

O desdobramento da verdade, cuidada precipuamente pela filosofia, é o justo no campo do direito e o belo no seu resplandecer estético.

Evidentemente, que o "belo" não significa o que traz boas impressões, que "relaxa" e diverte, mas pode ser, como reflexo do real, causador de "mal-estar", inquietação, desde que o real espelhado seja ele mesmo injusto. O belo acusa o injusto apontando o que é parâmetro estético de justiça: o próprio desvelar do ser.

Portanto, cuidando do que é justo na conduta, cuida do que é conceitualmente verdadeiro (é ciência) e, através de procedimentos, compõe-se em obra de arte.

Por certo, se a filosofia busca exaltar o ser como verdade, a arte procura exaltar o ser como belo. Cabe ao direito exaltar o ser como consequência prática de justiça. São, entretanto, uma só e única essência, a do próprio ser.

Finalmente, se o direito é isso, "ser" (justo por natureza) e "conveniente", "dever-ser" (justo por vontade), é preciso que se estude a filosofia e a arte, de um lado, e a filosofia política do outro. É preciso que se faça hermenêutica no seu sentido de disciplina filosófica esquematizada a partir do século dezenove, mas também presente em toda a existência como uma condição da própria existência.

Os próximos passos serão, portanto, o estudo da filosofia política, para esclarecimento do direcionamento do direito na sua nascente e, posteriormente, com o respaldo filosófico, empregar-lhe o brilho da estética.

HERMENÊUTICA COMO DISCIPLINA

Mas o que quer dizer este poema? –
Perguntou-me alarmada a boa senhora.
— E o que quer dizer uma nuvem? –
respondi triunfante.
— Uma nuvem – disse ela – umas vezes quer dizer chuva, outras bom tempo...
(Mário Quintana, *Poesias*)

Portanto, a fé é assim: se não vier acompanhada de ação, por si mesma é coisa morta.
(Tiago, 2, 17)

Por que é necessário que se faça uma "estética" do direito?

Poderíamos partir da clássica discussão sobre se o Direito é ciência ou arte.

Concluimos, no entanto, que o Direito é ciência na sua essência, no seu conteúdo que busca a forma prática de verdade. A identificação do Direito com a filosofia é dos tempos clássicos, como já afirmamos, como se encontra, por exemplo, em Santo Anselmo, para o qual verdade e justiça se definem reciprocamente.¹

Por outro lado, é Dilthey quem alerta para o fato de que, na classificação aristotélica, Direito e Filosofia são sinônimos, assim como a Arte, apenas se distinguindo pela finalidade. Com efeito, Aristóteles "divide a filosofia na ciência teórica, poética e prática. É teórica quando o seu princípio e o seu fim é o conhecimento; é poética quando o seu princípio reside na faculdade artística, e o seu fim numa obra criada; prática, quando o seu princípio é a vontade e o seu fim a ação."² Isso tem muito a ver com o que Gadamer chama de "A significação exemplar da hermenêutica jurídica", para a explicação do "problema hermenêutico da aplicação", que conjuga com "a atualidade hermenêutica de Aristóteles".

Mas é o próprio Dilthey quem avisa também que, após tomar a ciência uma direção unitária, a qual chegou ao máximo desenvolvimento com Aristóteles, acabou se desintegrando com o império de Alexandre, fundando-se as ciências particulares, até que a própria ciência geral do Direito, na modernidade, tornou-se independente desde os tempos de Hugo Grócio.³

Portanto, essencialmente, a questão da verdade, que é uma questão de ciência no

1 Conferir a coleção *Os pensadores*. São Paulo : Nova Cultural, vol. Dedicado a S. Anselmo e a Abelardo, p. 161.

2 W. Dilthey, *Essência da filosofia*. Lisboa : Presença, 1984, p. 28.

3 Cit., p. 31-32.

sentido lato, filosófico, e não no sentido meramente positivista de ciência, como já dissemos antes, é também uma questão de retidão: agir justamente é agir conforme a verdade e não admira que o método procedimental do processo judicial seja uma réplica da busca filosófica da verdade, aplicando-se a velha dialética grega do silogismo (tese-antítese-conclusão, ou: autor-réu-juiz) e que fundamente o "direito de defesa", ou seja, de contradizer.

Portanto, o Direito é ciência e arte. É ciência enquanto partilha com a filosofia a busca teórica da verdade, que é causa de harmonia, e é arte na sua formosura, na medida em que a verdade, por isso mesmo, é bela.

Cabe-nos, portanto, após defini-lo filosoficamente, estudar o Direito sob o prisma da prática, ou seja, como se dá a aplicação do princípio de justiça diante da questão política da legalidade. É o que se chama de hermenêutica.⁴

4 Conferir *Vérité et méthode*, Paris : Seuil, com revisão de Paul Ricouer, p. 148 e seguintes.

HISTÓRIA DA HERMENÊUTICA

He questioned softly “why I failed?”
“For Beauty”, I replied –
“And I – for Truth – Themselves are one –
We brethren, are.” He said.
(Emily Dickinson)

(Ele perguntou morbidamente “porque eu morri?”
“Pelo Belo”, eu respondi –
“E eu – pela Verdade – se ambos são idênticos,
nós somos iguais” – Ele disse.)

Não nos interessa fazer uma digressão histórica sobre a hermenêutica, que seria objeto de um estudo especializado, mas apontar rapidamente as suas bases históricas, a fim de se poder compreender o seu estágio atual.

Dilthey se preocupou pioneiramente com a sua questão histórica.¹ Para ele, a arte de interpretar nasceu na Grécia, fruto da necessidade de ensinar, face as controvérsias, de entendimento dos textos clássicos como os de Homero. Adquiriu base mais segura com a retórica e com os sofistas, chegando a Aristóteles, que lhe deu consistência científica.

Um novo passo foi dado com a filologia alexandrina, como arte de recensear textos, criticando, interpretando e avaliando-os, a fim de afastar falsidades. São nomes dessa época, citados por Dilthey, Aristarco e Hiparco, a qual assiste uma melhora da consciência metódica devido ao antagonismo com a filologia de Pérgamo, na qual Crates de Mallos introduziu o princípio estóico da interpretação alegórica, que acabou com a contradição entre os documentos religiosos antigos e uma filosofia avançada.

Surge uma nova fase, segundo Dilthey, quando a hermenêutica passa a ser usada metodicamente para a exegese de textos sagrados.

Há uma disputa na interpretação de textos bíblicos, a fim de dar fundamento à fé, entre a Igreja Cristã e os Judeus. Situamo-nos no período da Patrística, ou dos Primeiros Padres. São deste tempo nomes como Filon, Justino e Irineu. Na luta contra os judeus e os gnósticos, Tertuliano desenvolve regras fecundas para uma

¹ O texto é *Origens da hermenêutica*, trad. Alberto Reis. Porto : Rés, no vol. *Textos de hermenêutica*, p. 149-203.

melhor exegese, ainda que, na Igreja grega, ocorra antagonismo que se exprime na oposição de princípios, sendo que a escola de Antioquia explicava seus textos conforme princípios gramático-históricos.

A disputa teológica fez surgir uma hermenêutica de caráter científico, sendo que as primeiras teorias hermenêuticas de que se tem conhecimento nasceram deste conflito. Filon, Orígenes e Santo Agostinho fundaram uma teoria hermenêutica coerente à qual depressa se opuseram duas obras hermenêuticas da escola de Antioquia, assevera Dilthey, infelizmente perdidas, uma de Diodoro e outra de Teodoro.

A partir do renascimento, aparece uma nova etapa. Com a separação com a antigüidade clássica e latina, trabalhava-se largamente com simples relações e fragmentos, de modo que a filologia, a hermenêutica e a crítica, por deverem ser mais construtivas e criativas, acabaram atingindo um estado mais avançado.

Duas grandes forças dominam os quatro séculos seguintes, de uma literatura hermenêutica abundante: uma tentava assimilar as obras clássicas e a outra trabalhava com os escritos bíblicos. O conjunto de regras da filologia clássica chamava-se então *ars critica* e era composto pelas obras de Scioppius, Clericus e a obra inacabada de Valerius. A constituição definitiva da hermenêutica se deve, contudo, à interpretação bíblica, como aponta Dilthey, sendo que a obra mais importante e talvez a mais profunda foi a *Clavis* de Flacius, de 1567.

Flacius tinha de combater em duas frentes, assinala Dilthey: tanto os anabatistas como a Contra-reforma católica afirmavam a obscuridade das Sagradas Escrituras, ao que ele se opõe. Lutava-se, da parte dos luteranos, contra a doutrina católica da tradição, que tinha acabado de ser reformulada. Belarmino, o representante do catolicismo de Trento, uns anos depois da obra de Flacius, combateu agudamente, num panfleto de 1581, a inteligibilidade da Bíblia, tentando provar, assim, a necessidade da tradição para a completar. Flacius teve de demonstrar a possibilidade de uma interpretação com valor universal, o que o fez trilhar um caminho de meios e regras que a hermenêutica jamais havia trilhado.

As insuficiências formais da obra de Flacius foram superadas, conforme noticia Dilthey, pela hermenêutica de Baumgarten, através de cuja obra, *Nachrichten von einer Hallischen Bibliothek*, que os alemães começaram a ter conhecimento a respeito dos livres pensadores ingleses, que interpretavam Antigo Testamento com

base na etnologia (Por exemplo, Semler e Michaelis). Semler, precursor de Cristian Bauer, prega a interpretação apoiada no uso lingüístico e em circunstâncias históricas, emancipando-se a tradição do dogma, fundando-se a escola gramático-histórica. Depois disso, o espírito sutil e prudente de Ernesti criou no seu *Interpres* a obra clássica desta nova hermenêutica, com cuja leitura Schleiermacher pode desenvolver a sua própria hermenêutica. Obviamente, parte-se de uma concepção filosófica da natureza humana, que seria limitada pelas circunstâncias locais e momentâneas: a natureza humana é a histórica.

A hermenêutica clássica e a hermenêutica bíblica, que até então seguiam caminhos distintos, começam a ser consideradas aplicações de uma hermenêutica geral quando o wolfiano Meier escreveu a sua obra em 1757, denominada *Versuch einer allgemeinen Auslegungskunst* (*Tentativa de uma interpretação artística universal*).

Porém, sua teoria ainda apresentava influência da simetria anterior. Para uma hermenêutica fecunda, unindo a virtuosidade da interpretação filológica e uma verdadeira faculdade filosófica, aparece Schleiermacher.

Schleiermacher se situa dentro da filosofia transcendental alemã, cujo método consistia em recuar, para além dos dados da consciência até uma faculdade criadora, homogênea e inconsciente, que produz em nós toda a forma de mundo. Daí surge a sua arte peculiar de interpretação e a constituição definitiva de uma hermenêutica científica.

Até então, a hermenêutica não passava de um conjunto de regras com vistas a uma interpretação com finalidade universal. Para além, m dessas regras, Schleiermacher recuou até à análise da compreensão, entendendo-a como um "reproduzir", um "reconstruir", apoiando-se na sua relação viva com o próprio processo de produção literária: busca a intenção e a mentalidade do autor.

Certo que essa conquista, a constituição de uma hermenêutica geral, teve por aliada, segundo Dilthey, uma circunstância favorável: o fato das novas intuições psicológico-históricas terem sido transformadas pelos contemporâneos de Schleiermacher e por ele próprio numa arte filológica de interpretação. Foi Friedrich Schlegel quem o introduziu na arte filológica, nutrindo-se o plano de uma ciência da crítica, uma "ars critica" que se assentava numa teoria da criação literária.

De Schlegel também partiu a idéia de uma tradução de Platão, que deveria ser

compreendido como artista-filósofo, ou seja, estabelecendo-se a unidade entre o caráter da sua meditação filosófica com a forma artística de suas obras, descobrindo-se Platão, como disse Bockh, para a ciência filológica.

Surgiu assim, em Schleiermacher, uma teoria geral da ciência e da arte da interpretação, cujo primeiro esboço foi feito no outono de 1804, lendo o *Interpres* de Ernesti, e que seu aluno Bockh tornou influente através das páginas que lhe consagrou nas "conferências sobre a enciclopédia filosófica".

Reconhece-se, portanto, a partir de Dilthey, e com Richard Palmer, que Schleiermacher é o pai da moderna hermenêutica enquanto disciplina geral.²

Segundo Dilthey, ao estudar Schleiermacher, descobrimos que a finalidade última da hermenêutica é compreender o autor melhor do que ele próprio se compreendeu, proposição que é a consequência necessária da teoria da criação inconsciente.

É importante frisar, com Ricouer, que Schleiermacher era romântico e crítico, ao mesmo tempo: romântico, por seu apelo a uma relação viva com o processo de criação e crítico, por seu desejo de elaborar regras universalmente válidas da compreensão. Romântico por querer "compreender um autor tão bem, e mesmo melhor do que ele mesmo se compreendeu" e crítico, por seu propósito de lutar contra a não-compreensão em nome do famoso adágio: "há hermenêutica, onde houver não-compreensão."³ Na hermenêutica jurídica, é o conhecido ditado "in claris cessat interpretatio".

Depois de Schleiermacher, é o próprio Dilthey quem, descrevendo a história da Hermenêutica, também faz a sua história.

2 R. Palmer, *Hermenêutica*, trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa : Edições 70, 1986, p. 103. Ver também P. Ricouer, *Interpretação e ideologias*, trad. Hilton Japiassu, 3. ed. Rio : Francisco Alves, 1988, p. 20-42.

3 Ricouer, cit., p. 21.

Segundo Richard Palmer,⁴ Dilthey quer a hermenêutica como fundamento das "Geisteswissenschaften", isto é, as ciências do espírito, ou, como diríamos hoje, as ciências humanas. O próprio Dilthey já havia dito, aliás, que o papel essencial da hermenêutica é o de "estabelecer, teoricamente, contra a irrupção constante da arbitrariedade romântica e do subjetivismo cético no domínio da história, a validade universal da interpretação, base de toda a certeza histórica. Integrada no conjunto que a gnoseologia, a lógica e a metodologia das ciências morais constituem, a hermenêutica é um intermediário importante entre a filosofia e as ciências históricas e uma base essencial das ciências do espírito".⁵

De acordo com Palmer, o projeto de uma hermenêutica geral acaba esmorecendo com a morte de Schleiermacher, em 1834, cambiando-se a preocupação hermenêutica para os limites das disciplinas particulares.⁶

Dilthey quis estabelecer a Hermenêutica como fundamento para todas as ciências humanas e sociais, ou seja, todas as disciplinas que interpretam as expressões da vida interior do homem, tais como gestos, atos históricos, leis codificadas, obras de arte ou literatura.

Seu objetivo era a interpretação objetivamente válida dessas "expressões da vida interior", contra a tendência de os estudos humanísticos se influenciarem pelas ciências naturais, como era a influência de Comte, que pregava a primazia da experiência concreta contra a especulação. Isso não significava que Dilthey comungasse do ideal da escola histórica alemã, que para ele se caracterizava pela inconsistência epistemológica da pretensão à objetividade, misturando acriticamente as perspectivas idealista e realista.

Ao contrário, a experiência concreta, histórica e viva, eram o ponto de partida e de chegada das ciências do espírito, pois não se devia tentar ir além da própria vida. Quer convergir dois pontos de vista conflituosos: o realismo empírico e o positivismo anglo-franceses com a filosofia da vida e o idealismo alemães, negando, porém, qualquer base metafísica, preferindo as bases "epistemológicas".

Dilthey procura continuar o idealismo crítico de Kant, embora não sendo um kantiano, alegando que "chegamos ao conhecimento de nós próprios não através da introspecção mas sim através da história",⁷ que significa uma recuperação da

4 Palmer, cit., p. 105 e s.

5 Idem, p. 164-165.

6 Idem, p. 105.

7 Idem, p. 107.

consciência da "historicidade" de nossa própria existência que se perdeu nas categorias estáticas da ciência.

A "filosofia da vida" procura regressar à plenitude da experiência vivida contra as tendências formais, mecânicas e abstratas, criticando Dilthey as formas de pensamento naturalísticas. A *Critica da Razão Pura* (Kant), por exemplo, por invocar categorias abstratas exteriores à vida, são o oposto da própria vida. Para Dilthey, Locke, Hume e Kant são pensadores que separam o "saber" do sentido e da vontade e para os quais, nas veias do sujeito não corre sangue!

Concorda com Hegel, porém, na intenção de compreender a vida a partir da vida (realidade histórica), embora entenda que a história não seja meta absoluta e nem manifestação do espírito absoluto como Hegel queria, e sim expressão da vida, ou seja, história, para Dilthey, é fruto e não determinação da vida.

A ausência de referência à experiência humana é característica das ciências naturais, ao passo que as ciências humanas tratam de um mundo externo em relação com o sentimento e com a vontade humana: os fatos são significativos apenas na medida em que afetam o comportamento e ajudam (ou impedem) fins humanos.

Só entramos nesse mundo interno humano não por meio da introspecção, mas da interpretação, ou seja, da compreensão das expressões de vida, que se constitui na decifração das marcas que o homem imprime aos fenômenos.

Dilthey estabelece, dessa maneira, a diferença entre "compreensão" (ciências humanas) e "explicação" (ciências naturais), numa crítica importante ao cientismo, que fez depois Heidegger recuar até ele, a fim de ultrapassar as tendências científicas de E. Husserl.

Estabelece, assim, a fórmula "experiência, expressão e compreensão".

"Experiência", em alemão "erlebnis", "erleben", significa "er + leben", ou seja, viver, é experiência como "vivência", não havendo diferença entre consciência da experiência e sua constituição, ou seja, não havendo diferença entre sujeito e objeto, pois refletir sobre a experiência é também uma experiência. Ou, poderíamos acrescentar, o sujeito é objeto de si mesmo!

Por sua vez, "expressão" significa não o símbolo (que supõe sujeito e objeto), mas "objetificação", sendo que a compreensão tem o seu verdadeiro objeto na objetificação da própria vida. Objetificação é tão lato quanto a própria compreensão.

A obra de arte, assim, exprime a própria experiência, sendo verdade em si mesma.

A expressão, outrossim, não é a expressão de uma realidade individual, senão a percepção pelo outro seria impossível, mas é a compreensão que ocorre por causa de experiência análise. Essas estruturas gerais geram o conhecimento objetivo. Trata-se, portanto, da expressão de uma realidade social e histórica revelada na experiência ou a realidade social e histórica da própria experiência. Isso significa que, ao se traduzir o termo alemão "ausdruck", melhor seria usar a palavra "objetificação" e não "expressão", admite Palmer.⁸

Por sua vez, por "compreensão" não se entende uma operação cognitiva, mas a captação da mente pela mente: a vida compreende a vida. Se "explicamos a natureza, há que se compreender o homem".⁹

Tal como a experiência vivida, trata-se de redescobrir-se no outro.

Por isso, "historicidade" não significa concentração no passado, mas a afirmação da temporalidade da experiência humana tal como a descrevemos e parte de dois princípios: 1) o homem compreende-se a si mesmo não pela introspecção, mas por meio de objetivações da vida; 2) a natureza humana não é uma essência fixa: criativamente histórica, tem o poder verdadeiro e radical de criação – é o que é na história e dela não foge.

A "historicidade" diferencia Dilthey dos demais filósofos da vida, anota Palmer, sendo que também Heidegger e Gadamer se fundam nesse conceito, tratando o homem como "animal hermenêutico".

Percebe-se, portanto, que a "historicidade", a partir de Dilthey, é a fundamentação teórica da moderna hermenêutica, estabelecendo-se como "círculo hermenêutico".

No "círculo hermenêutico", o todo recebe a sua definição das partes e, reciprocamente, as partes só podem ser compreendidas na sua referência ao todo. Isto significa, pois, que estamos sempre num contexto historicamente definido, não

⁸ Idem, p. 118.

⁹ Idem, p. 120-121.

sendo a vida algo "metafísico", mas "experiência vivida".

Assim sendo, podemos dizer que "compreender" não é algo dogmatizável, pois é questão de interação da pessoa individual e do "Geist" (espírito) objetivo, num círculo hermenêutico. Significado é o nome dado às diferentes espécies de relações desta interação.¹⁰

Dessa maneira, em se dando a compreensão em círculo, não há ponto de partida: sempre se parte de "pressupostos".¹¹

A circularidade significa, assim, que compreendemos por uma constante referência à nossa experiência e a tarefa do intérprete, é encontrar modos de uma interação viável entre o nosso horizonte e o horizonte do texto, o que Gadamer, como recorda Palmer, irá aprofundar para evitar a imposição ao texto, de nossas próprias categorias.¹²

Por tudo isso, conclui criticamente Palmer, que embora Dilthey não tenha se libertado totalmente do cientismo que quis combater – Ricouer o considera ainda dentro do neokantismo–,¹³ é certo que acabou sendo considerado o pai da "problemática hermenêutica contemporânea", colocando os fundamentos do pensamento de Heidegger.¹⁴

Para Paul Ricouer, Dilthey percebeu perfeitamente o âmago do problema: a vida só apreende a vida pela mediação das unidades de sentido que se elevam acima do fluxo histórico.

Contudo, afirma Ricouer, "para levar adiante essa descoberta, será preciso que se renuncie a vincular o destino da hermenêutica à noção puramente psicológica de transferência numa vida psíquica estranha, e que se desvende o texto, não mais em direção a seu autor, mas em direção ao seu sentido imanente e a este tipo de mundo que ele abre e descobre.", devendo-se passar da "epistemologia" para a "ontologia".

Aqui entra Heidegger.¹⁵ A partir de Heidegger, incluindo Gadamer, a pressuposição de uma Hermenêutica compreendida como epistemologia é posta em

10 Ainda aqui, volta-se à questão da proporção em Aristóteles: verdadeira é a relação e não o seu conteúdo, que é variável; conferir acima a definição de *verdade ontológica*, quando discutimos o que é filosofia.

11 Os *pre-conceitos* de que fala Gadamer, como se verá adiante.

12 Cit., p. 126.

13 Sobre Heidegger, a bibliografia é imensa. Para um enfoque hermenêutico, porém, além dos textos já citados, de Palmer e Ricouer, também Gianni Vattimo, *Introdução a Heidegger*, trad. João Gama, Lisboa : Edições 70, 1989, e Emildo Stein, *Seis estudos sobre 'Ser e tempo'*, Petrópolis : Vozes, 1988.

14 Cit., p. 30.

15 Sobre Heidegger, a bibliografia é imensa, valendo uma pesquisa à parte.

causa de forma essencial, assevera Ricouer.¹⁶

Como aponta Ricouer, "se pudemos situar o primeiro trajeto, das hermenêuticas regionais à hermenêutica geral, sob o signo da revolução copérnica,, deveremos situar o segundo, que empreendemos agora, sob o signo de uma segunda revolução copérnica, é que recolocaria as questões de método sob o controle de uma ontologia prévia.¹⁷

Por isso, não se deve esperar de Heidegger ou de Gadamer um mero prolongamento da questão diltheyana, pois surge uma nova questão: ao invés de nos perguntarmos como sabemos, perguntaremos qual o modo de ser desse ser que só existe compreendendo.¹⁸ A questão epistemológica, isto é, de apenas fundamentar um método para as ciências, cede lugar, em Heidegger, para a questão fundamental do ser: compreender é compreender o ser e, a partir daí, se pode fundamentar inclusive posturas epistemológicas.

Embora Heidegger tenha tido um instrumento que Dilthey e mesmo Nietzsche não tiveram, que é a fenomenologia de E. Husserl, tal ponto de partida foi superado em direção à hermenêutica, caracterizando-se o seu pensamento como anti-cientificista.

Para ele, a Ontologia deve ser a fenomenologia do ser, ou melhor, "hermenêutica da existência", como aponta Palmer, que, ao contrário de Dilthey, se caracteriza não pela metodologia geral das ciências humanas, mas por um "ato primário de interpretação" que faz com que a coisa em si se revele.

O "ser" das coisas, porém, se revela através do "mundo", que é a totalidade em que o ser humano está mergulhado: só o homem tem mundo e as coisas estão no mundo do homem. Mundo e compreensão são partes inseparáveis da constituição ontológica da existência do "Dasein" (o ser-aí).

O "Dasein" é o homem, o único ser que é ser enquanto se relaciona, enquanto está "diante de", é sempre "mitsein", "ser-com". O termo "existir", nesse sentido, é reservado ao homem, pois nem Deus está "diante de", nem as coisas estão conscientes do mundo. Ou seja, o absoluto não convive no sentido em que o homem, relativo, ou seja, que se relaciona e tem referências, o faz. Nesse sentido, podemos acrescentar que para que Deus se fizesse entender pelo homem, o

16 Cit., p. 30.

17 Idem.

18 Idem.

absoluto fosse cabível na vivência humana, teve ele mesmo que se transformar num finito e relativo, a fim de se comunicar: Cristo é o "verbo" de Deus, aquele que pode agir, falar, significar, pois o absoluto, por ser absoluto, não tem movimento.

A compreensão se dá através do mundo, sendo uma e outras partes inseparáveis, para Heidegger, da constituição ontológica da existência do "Dasein". A linguagem, portanto, é "a casa do ser", pois as palavras, não sendo apenas "invólucros", revelam o próprio ser.

O verdadeiro fundamento da linguagem é o fenômeno da fala, onde algo se revela. É esta a função hermenêutica da linguagem, que trata não de um revelar da interioridade, mas um partilhar do mundo: não é nem subjetivo e nem objetivo, mas ambos, pois o mundo é anterior a ambos e a ambos engloba.

Trata-se de uma vivência segundo a verdade do ser: Palmer revela que numa obra não publicada,¹⁹ *Augustinus und der Neuplatonismus*, Heidegger vê um cristianismo fundado na experiência vivida (não tanto conhecer a Deus, mas viver em Deus),²⁰ o que já não se encontra no neoplatonismo, que apresenta um cristianismo mais estático, cujo Deus é um Ser eterno, fora e acima do tempo, do lugar, da história, e disponível apenas para ser contemplado.

Segundo Heidegger, a partir de Descartes, sobretudo, colocando-se o homem como centro, o mundo é dessacralizado e a relação com Deus é mera experiência particular, projeção do próprio homem, o que faz perder a pretensão grega de verdade como desocultação (do Ser).

A vontade faz do mundo um brinquedo nas mãos do homem e ele passa a influir, ao invés de apenas postar-se de maneira a que o ser escondido se revele.

Mas o homem é a ponte entre o ser que se esconde e o que se revela. A partir do "não-ser" como pano de fundo, interpreta o "texto" e, ao falar, interpreta o Ser.

A essência da "mundanidade" do homem, isto é, estar inserido num "mundo" é a interrogação. O homem pensa e fala: pergunta "que é isto?" e por isso, podemos completar, para Heidegger, "filosofia é, ou deveria ser, hermenêutica", pois não há essa revelação sem linguagem, a marca essencial do homem. E se a linguagem é, em si mesma, hermenêutica, é, em mais alto grau, na poesia.

Por isso, ao superar a dicotomia histórico-científica contemplada por Dilthey,

19 Cit., p. 148.

20 O que é coerente com o que encontramos em *Acerca da doutrina cristã*, de S. Agostinho, cap. XXXIX: "O homem que funda a sua vida na fé, na esperança e na caridade, não necessita da Sagrada Escritura para a sua instrução." (Conferir *Textos de hermenêutica*, p. 49).

dando um sentido mais profundo à Hermenêutica, Heidegger mudou todo o seu contexto, fazendo com que o ato de interpretação se coloque numa perspectiva ontológica: o homem é o "pastor" do Ser, isto é, no homem, que se revela o Ser, através da linguagem.

Obviamente, acrescentamos, é através da linguagem que o homem realiza a sua essência, o seu "ser" como existente, como "ser-diante-de".

A constituição do "ser-aí" como "presença"²¹ significa que o homem só se realiza, só se torna aquilo que deve ser, na convivência. Por isso, é sempre relacionado, é sempre relativo (o que não significa que a verdade é relativa) e não absoluto. Sendo um "ser-para-a-morte", apenas na morte é que terá sido, pois enquanto não chega a esse ponto de finalização da existência, mantém-se, todas as possibilidades.

Portanto, qualquer dogmatização, como tentativa de estagnar a existência, é morte, não vida.

Ao definirmos o Direito como "regras de convivência (harmonia)" para ou através da manutenção da igualdade, desembocamos sem defesa diante dessa filosofia.

Em termos de "breve introdução histórica à Hermenêutica", é o quanto basta, por ora, desse vastíssimo pensamento.

O pensamento de Heidegger aproveita a todos os pontos de vista que estudam o homem: a psicologia, a sociologia, a política, o direito, a antropologia, a religião e a arte. Já o aproveitamos para a definição de verdade e de direito, ou seja, de justiça e também já pudemos recordá-lo diante da questão hermenêutica específica.

Vale completar esse quadro com o autor da grande obra hermenêutica que, de certa forma ao menos, se coloca ainda na tradição heideggeriana: Gadamer.

A começar pelo título de sua grande obra, *Verdade e método*,²² podemos perceber que Hans Georg Gadamer quer colocar em questão a disputa acerca da hermenêutica como ontologia e da hermenêutica como método simplesmente.

Na realidade, a questão envolvendo "verdade" e "método" explica uma discussão filosófica histórica que vem sendo travada entre a ontologia e o idealismo cético. Se, de um lado, a ontologia privilegia o acesso ao "Ser", à verdade, o ceticismo relativista que adquiriu monta na Modernidade apela para a questão do método, pois, uma vez descrente da "ocorrência" da Verdade, do Ser, e, portanto, do justo,

21 Segundo tradução de Márcia de Sá Cavalcante, em *Ser e tempo*, Petrópolis : Vozes, 1989.

22 *Verdade e método*.

para evitar o caos, prega a necessidade de uma "ética de princípios", ou seja, emprega à filosofia e, assim, à própria hermenêutica, um parâmetro procedimental segundo o qual é preciso seguir regras fundamentais que estabelecem princípios. O dogmatismo é conseqüência natural, como o demonstra a leitura de Habermas, por exemplo.²³

Para Gadamer, porém, o método não é caminho para a verdade, mas, ao contrário, a verdade zomba do homem metódico, assim como todo método, isto é, todo plano é falível, não confiando nos planos o homem experiente, que é, pela falibilidade dos planos, um homem decepcionado.

O máximo que um método poderia fazer seria revelar "uma verdade" já nele contida, pois o tema orienta, controla e manipula, de modo que não se pode confiar. Obviamente, o método, como se disse acima, serve como "substitutivo" da verdade ontológica, diante de uma situação agnóstica: o dogma é posto onde se julga que não há demonstração a fazer.

Assentando-se em Heidegger, ainda, Gadamer transforma a sua teoria da compreensão numa crítica formal da estética, moderna e das concepções históricas da interpretação, com ênfase especulativa e dialética em direção a Hegel. Ou seja, sentimo-nos em casa diante de uma obra de arte porque reconhecemos a verdade (o artista disse aquilo que é). A legitimação da arte não está no fato de produzir um prazer estético, mas sim no fato de revelar o ser.

A obra de arte transforma aquele que a experimenta, entregando-se a ela, como um jogador respeita as regras do jogo como sagradas e as transforma num ritual.²⁴

A tradição, por sua vez, é algo em que nos situamos e pela qual existimos, sendo semelhante ao conceito de "mundo" em Heidegger. Pela linguagem é que a tradição se comunica, de modo a se "transmitir" de geração para geração.

O homem, finito e histórico (relativo em oposição a absoluto), compreende o seu ponto de vista, localizado no tempo e no espaço, sendo que dessa "historicidade da compreensão" derivam algumas conseqüências:

- 1) O problema do juízo prévio, (o "pre-conceito"):
 - mais que juízos prévios, são a realidade histórica do ser
 - os pressupostos vêm da tradição em que nos inserimos

23 De toda a obra de Habermas destacamos *Faktizität und Geltung : Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates.*, Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1992, Zwaite Auflage, como demonstrativo inequívoco disso.

24 Em termos de regras, aliás, o Direito aí se insere.

- se a obra traz uma verdade, esta é original, pois a verdade é uma só.

2) O conceito de distância temporal:

- o tempo tem a função de eliminar o que não é essencial, desocultando o verdadeiro significado.

3) Compreender o autor de um texto ou o texto:

- importa compreender o texto, sua significação histórica, e não o autor.

4) Reconstrução do passado:

- a verdadeira tarefa da hermenêutica é a integração e não a reconstituição.

5) O significado da aplicação:

- compreender implica numa aplicação (hermenêutica jurídica serve de exemplo)

- "presentificação" do texto significa que "compreender um texto é sempre já aplicá-lo".

- também na hermenêutica jurídica ou na teológica se ajusta o pensamento ao pensamento do texto: interpretar a "vontade da lei" ou a "vontade de Deus" não são formas de dominar o assunto, mas de o servir - não se dá ao passado as aparências de presente, mas traz-se do passado o essencial para o presente; compreender é compreender o presente.

- conhecer não é só um fluxo de percepções, mas um acontecimento histórico, um evento, um encontro.

- parte da avaliação hegeliana de experiência: inversão ou reestruturação da consciência (experiência é antes negativa), o que significa que uma coisa não é como a tínhamos pensado (desilusão da experiência) - a experiência contrária, é experiência de finitude.

- o homem experiente conhece os limites de toda antecipação, a insegurança dos planos e isto o abre a novas experiências.

- esta é a estrutura da historicidade: a experiência do passado previne as do futuro.

- querer interrogar, querer saber, pois saber significa que não sabe (docta ignorantia socrática).

- mas uma pergunta tem sempre uma orientação (resposta implícita, ou melhor, as fronteiras desta resposta-limite).

- daí saber perguntar corretamente (penetrando no tema).

- tarefa da hermenêutica: tirar o texto da alienação em que se encontra

(enquanto forma rígida, escrita), recolocando-o no presente vivo do diálogo, cuja primeira realização é a pergunta e a resposta – o texto pergunta e é uma resposta (dialética, pois cada resposta gera nova pergunta).

– a revelação ontológica (algo não é como pensávamos) se dá pela linguagem (caráter não instrumental da linguagem rejeita a teoria do signo).

– a palavra é, por si, já significativa, não sendo fruto da reflexão, mas da experiência: Verbo Divino.

Como salienta, por fim, R. Palmer, Gadamer não quer compreender corretamente, como Betti e Hirsch, mas sim compreender profunda e verdadeiramente. É uma aproximação de Hegel, salienta Palmer, que talvez seja um melhoramento da concepção de Heidegger.²⁵

Para Richard Palmer, se a hermenêutica de Heidegger já concebe ontologicamente o evento da compreensão, Gadamer desenvolve a ontologia da compreensão numa hermenêutica dialética que põe em causa os axiomas fundamentais da estética moderna e da interpretação histórica.²⁶

Como salienta Paul Ricouer, o que faz comunicar a distância, o que faz a mediação, segundo Gadamer, é a "coisa do texto", que não pertence mais nem ao seu autor e nem ao seu leitor.²⁷

De nossa parte, juntamo-nos a Ricouer quando pergunta: se a "coisa do texto" não pertence nem ao seu autor e nem ao seu leitor, do que se trata?

Resta a entrega de si, pelo leitor, à "coisa do texto", ou, como chama Ricouer, ao "mundo da obra". Perdendo-se é que o leitor se encontra no mundo do texto: é aí que ele se compreende quando responde à pergunta do texto. O distanciamento é condição *sine qua non* da compreensão.²⁸ Distanciamento aqui pode ter um sentido de imparcialidade, mas tem sobretudo o sentido de ser "outro" diante daquilo que se vai interpretar: é, ao mesmo tempo, exigência e necessidade. Só se interpreta aquilo que é "outro", mas só se interpreta aquilo que se expressa; significa que nem Deus, nem as coisas, que não se "expressam", também não são interpretáveis. Se as coisas não têm voz, a "voz" de Deus é inefável. O Absoluto não cabe na mente humana, como não cabe o mar num buraquinho na areia da praia, para se utilizar de uma anedota a respeito de um santo filósofo. A sua palavra, escrita sob as

25 Cit., p. 217.

26 Cit., p. 219.

27 Ricouer, cit., p. 42.

28 Cit., p. 58-59.

condições humanas, ou o "Verbo", que é Deus na forma humana, são ainda "expressões" humanas, no sentido gramatical estrito.

Portanto, se Deus a tudo "conhece" na sua essência, e por isso não precisa interpretar, o homem só chega à essência, a duras penas, é verdade, através da palavra. A palavra é a "casa do ser", em termos heideggerianos.

Essa dimensão do "outro" sugere a essencial distância, um obstáculo mesmo, que torna necessária a interpretação. E a interpretação, por sua vez, e por isso mesmo, exige um distanciamento a fim de preservar uma "tranquilidade" e evitar uma intromissão.

Essa "imparcialidade", porém, esbarra na questão do pre-conceito, da pre-compreensão, que nos faz interpretar sempre de acordo com a experiência anterior. Somos alguém inseridos num determinado contexto histórico de tempo e lugar.

A interpretação deve satisfazer essa condição de "aqui e agora" em que nos situamos. Não é uma "explicação" teórica, mas uma conversão de princípios em atitudes de vida: é vida interpretando a vida; é vida alimentando-se de vida.

Na verdade, como assevera Ricoeur, compreender o texto é compreender, antes de mais nada, a si mesmo no texto.²⁹ É perder-se diante da indagação do texto, ou seja, é o texto que nos indaga. Poderíamos dizer, é formar ou reconhecer um contexto, o contexto no qual estamos inseridos!

29 Cit., p. 57-59.

Realmente, como observou Miguel Reale, a história da Filosofia do Direito é um entrecruzar de teorias que pregam ou a primazia do fato, ou a primazia do valor, ou a primazia da norma.¹ Essas teorias a respeito da essência do Direito, evidentemente, determinam a respectiva hermenêutica jurídica, pois como observou o referido mestre, ao dizer o que é o Direito, já estamos adiantando como vamos encarar a hermenêutica jurídica, ou seja, como pretendemos interpretar.²

O estudo da história da hermenêutica jurídica,³ assim, revela basicamente três temas, que são apropriados por diversas escolas, com denominações diferentes conforme o país de origem: as escolas sociológicas, as filosóficas e as normativistas.⁴

O tema da "hermenêutica jurídica", porém, como disciplina autônoma, aparece na Europa sobretudo no século dezanove, ao lado da fundação da hermenêutica de modo geral como preocupação disciplinar particularizada.⁵ É a sistematização da questão do "interpretar" com bases mais científicas, por assim dizer, que levar também no campo do direito a uma sistematização do caráter da aplicação do direito, ou, em termos práticos, de como decidir.

Miguel Reale salienta que essas três grandes concepções do Direito se resumem no seguinte:

a) - o "normativismo jurídico abstrato", ou teoria do Direito como simples sistema de comandos ou de regras;

b) - o "eticismo jurídico" que, vendo o Direito como sistema de regras, o subordina rigorosamente a valores morais;

c) - o "empirismo jurídico" que, ao se contrapor ao normativismo puro, põe em realce a dimensão "fática" do Direito, renovando com rigor científico certas teses já debatidas pelo "historicismo" na primeira metade do século passado".⁶

1 Sobre a *Teoria tridimensional do direito*, conferir capítulo *Justo ou conveniente*.

2 *O direito como experiência*, São Paulo : Saraiva, 1968, p. 231.

3 Conferir Gillisen, *Introdução histórica ao direito*, p. 513 e s., Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 397 e s., e Reale, *Filosofia do direito*, p. 409 e s.

4 *Filosofia*, p. 409.

5 Sobre a influência de Schleiermacher no seu tempo, contemporâneo à Escola Histórica, conferir Wieacker, cit., p. 419.

6 Cit., p. 409-410.

Entretanto, como já havíamos dito na crítica à Teoria Tridimensional do Direito,⁷ a questão não pode se resumir ao elenco de três grandes correntes, pois a visão aristotélica, do Direito Natural, ainda que se possa pretender que desemboque numa "ética", nada tem a ver com o "moralismo" desse "eticismo", como foi classificado.

Temos, portanto, um "normativismo" que entende que o Direito se resume a leis, ainda que acredite num "direito natural", mas que não tem significado se não for objeto de uma "objetivação" legal. Evidentemente, a interpretação, para esta escola, como a da Exegese na França, ou Pandectista na Alemanha, ou a "Analytical School" na Inglaterra, que entende que a lei é a única fonte de direito, a interpretação será sempre restrita a explicitar a norma, ou seja, a ordem do legislador estatal, incluindo-se aí as decisões superiores, no caso inglês, que vinculam como lei os juízes inferiores. Só há interpretação, portanto, quando a norma for obscura e, pois, *in claris cessat interpretatio*.

Outrossim, à parte esse "positivismo idealista" do normativismo, aparece o movimento historicista, segundo o qual o direito está no "espírito do povo", ou na expressão alemã consagrada por Savigny, "Volksgeist", quando o Direito se assemelha à linguagem, igualmente surgindo de maneira anônima, pelo costume vivo da coletividade.

Como é sabido, no entanto, houve a necessidade de se "esclarecer" qual era esse "espírito" e a Escola Histórica acabou admitindo que "os costumes devem exprimir-se em leis, porque somente são leis verdadeiras as que traduzem as aspirações autênticas do povo", como observa Miguel Reale.⁸

Por isso mesmo, a despeito de uma corrente sociológica que pregava o "direito livre" (das leis), como é o caso de H. Kantorowicz, para o qual, na sua *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, que publicou em 1906, sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius,⁹ o sociologismo histórico acabou dando prioridade aos textos legais, acontecendo como observou Miguel Reale, a transformação de um "historicismo de conteúdo social, para um historicismo meramente lógico-dogmático".¹⁰

Portanto, como conclui Reale, tanto os empiristas, que vêem na norma o "resultado" de condições impostas pelas circunstâncias do viver social, como os

7 Conferir acima.

8 Reale, cit., p. 438.

9 Reale, cit., p. 425.

10 Reale, cit., p. 437.

aprioristas, para os quais a norma é "condição" lógica de condutas possíveis, acabam descambando para o mais exacerbado "normativismo".¹¹

No campo do positivismo empírico, de orientação sociológica, a lei não pode ser interpretada, porque se trata de uma interpretação já da realidade social ou do "espírito geral"; diante do positivismo idealista, por outro lado, a interpretação, embaraçada porque a lei, uma ordem que condiciona a realidade social, de modo a não poder ser "alterada" a ideologia que a indicou.

De um lado, a primazia da eficácia, de outro a primazia da vigência. Entretanto, como a conclusão de Habermas, que nesse sentido é procedente, idealmente, eficácia e vigência se confundem.¹² Resta saber se realmente isso acontece.

Da mesma forma que as teorias sociológicas também incluem exacerbações do tipo "direito livre", onde lei alguma é viável, as concepções legalistas também têm uma tendência "purista", como é o caso de Hans Kelsen.

Para Kelsen, o autor da *Teoria pura do direito*,¹³ a norma jurídica não tem conteúdo relativamente a uma ideologia prévia. Pouco importa se uma conduta é boa ou não, para ser contemplada na norma. Trata-se simplesmente de uma conveniência do legislador estatal que, depois de erigida à condição de lei, observados os procedimentos regulares, constitucionais, deve ser observada. Aqui, portanto, não importa a "eficácia", mas apenas a "vigência", pois "eficácia" ou faticidade é conceito metajurídico e o que o Direito deve contemplar é a validade técnico-formal da lei.¹⁴

Após comparar o "sociologismo" ao "normativismo", Reale, compara o "normativista" ao "eticista", alegando que a única distinção entre ambos é que o normativista não vê na norma uma função ou conteúdo moral, valendo esta em virtude de seu "enlace lógico na totalidade do sistema", ao contrário do "eticista", que entende que a norma vale pelo conteúdo da sua prescrição.¹⁵

A diferença entre os "moralistas" e os "empiristas", por sua vez, aponta o mestre, é que embora ambos exijam uma conexão de fundo entre a norma e a realidade social, os "moralistas" não querem, como os empiristas, a redução do "normativo" ao que é verificado pela freqüência.¹⁶

11 Idem.

12 Habermas, *Faktizität...*

13 Cit.

14 Conferir Kelsen, cit., e o comentário de Reale, cit., p. 463.

15 Cit., p. 475 e 481.

16 Cit., p. 482.

Apontam para um "dever-ser", portanto, porém com conteúdo moral, e que pode ou não estar relacionado com o conceito de "Direito Natural".

Aqui também, uma vez caracterizada a norma como comando de ordem moral, ou seja, segundo a visão kantiana, passando-se um imperativo categórico para imperativo hipotético, torna-se dificultada a interpretação, pois há uma ideologia implícita na origem da norma que não admite ser traída. Apenas que, enquanto imperativo moral (categórico), não há sanção para a sua inobservância, o que já ocorre com a elevação do imperativo a norma jurídica e, pois, acompanhada de obrigatoriedade pela sanção.¹⁷

ESCOLAS TRADICIONAIS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Na medida em que o Direito é dinâmico e realiza-se como tal na decisão do juiz, a história da hermenêutica jurídica é a própria história do direito. Há que se salientar, contudo, que, quanto à interpretação em si, surgiu uma ciência hermenêutica geral, válida para todas as ciências humanas, que, ao mesmo tempo, influenciou e foi influenciada pela particular função de interpretar as normas. Assim, interpreta-se qualquer texto (e texto é qualquer manifestação que requer interpretação) e, na hermenêutica jurídica, interpreta-se o texto normativo. O que é esse texto normativo é que deve ser discutido.

AS ESCOLAS NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Tradicionalmente, o texto normativo ora foi entendido de maneira abrangente, ora restrita. Tivemos, entretanto, com preocupação a respeito da interpretação legal, as escolas exegética, pandectista e analítica, todas de cunho legalista.

Parte-se ora do princípio de que o texto é sagrado, devendo ser respeitado como tal, ora do princípio de que a autonomia democrática estampou no texto sua vontade e que, portanto, não pode ser objeto de interferência.

Mas, ambos, no final, dão guarida à tese da obediência cega a uma ordem de poder.

¹⁷ Sobre a relação entre Direito e Moral, conferir Herbert L. A. Hart, *O conceito de direito*, trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1986.

A ESCOLA DA EXEGESE

A Escola da Exegese não admitia a interpretação do texto em sentido amplo, mas, apenas, o seu entendimento gramatical e textual, a fim de espantar as lacunas e divergências que existem no ordenamento jurídico apenas de forma aparente.

A ESCOLA PANDECTISTA

A Escola Pandectista, por sua vez, de origem germânica, também entende que o texto legal é preponderante, porém, pela razão de que a lei é a manifestação histórica da cultura do povo e, por isso mesmo, não pode ser objeto senão de esclarecimentos objetivos.

A influência do Historicismo faz-se sentir no sentido de que a tradição romano-germânica deve ser preservada, através da observação estrita da lei, na qual se manifesta.

Na verdade, a Escola História, a partir de Savigny, na Alemanha, acaba por dogmatizar o passado histórico como fonte de direito, não entendendo que a tradição é, na verdade, a atualização dos valores culturais.

A ESCOLA ANALÍTICA (ANALYTICAL SCHOOL)

A Escola Analítica, surgida na Inglaterra, não entende a preponderância do texto legal em si, já que a tradição anglo-saxônica desconhecia atividade legislativa ampla, mas, entendia que a cultura e o costume do povo só podiam ser fonte de direito na medida em que fossem reconhecidos pelo órgão estatal judicante.

Daí a importância das decisões judiciais como precedente, as quais deveriam, então, nortear a aplicação do direito.

A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como foi dito anteriormente, a Hermenêutica Filosófica busca seus antecedentes no Direito Natural aristotélico, que serve de exemplo para a própria filosofia em

geral, na medida em que a interpretação, no Direito, é uma interpretação para a aplicação. É este o caráter prático do Direito, que ensina aos filósofos que a compreensão do mundo deve ter uma dimensão pragmática.

Contudo, no século 19 é que a hermenêutica começou a ser tratada como disciplina interpretativa, buscando o caráter subjetivo das ciências humanas, entre elas o Direito.

DIREITO COMO COMPOSIÇÃO DE "TEXTOS"

A partir da hermenêutica filosófica, podemos entender o caráter interpretativo do direito como uma ciência hermenêutica que se faz a cada instante, em cada circunstância.

O caráter pragmático do direito demonstra-se no momento quem que há uma interpretação aplicativa, ou seja, o momento culminante do direito é o momento em que um juiz faz uma aplicação, ou seja, quando "diz o direito".

Isso significa que todas as normas são apenas projetos e que, quando chamadas à realização, é que tornam-se eficazes, caso realmente possam cumprir a sua finalidade.

Por isso mesmo é válido dizer que estudar o Direito é estudar hermenêutica, pois, na verdade, o direito como tal só existe mesmo no momento da aplicação. E a aplicação não passa de uma composição de dois textos, quais sejam, o da norma e o fático, composição essa que nada mais é do que a valoração de ambos, relacionando-os.

DIREITO E LINGUAGEM (SEMIÓTICA E COMANDO JURÍDICO)

Tendo em vista que o Direito é, essencialmente, linguagem, temos que distinguir dois aspectos: o símbolo ou significante, e o conteúdo, ou significado.

Símbolo ou significante é a externalização de um conteúdo ou significado. É possível dizer que o conteúdo, como vontade, antecede o símbolo, uma vez que este surge exatamente da necessidade de explicitação daquele.

Os valores embutidos na norma, por exemplo, são conteúdo ou significado, ao passo que os elementos lingüísticos que os sacramentam são símbolos ou questão de forma.

O comando jurídico é materializado, portanto, por símbolos lingüísticos, que devem ser bem interpretados no momento de se observar tais comandos.

Entender o símbolo em si é uma questão explicativa ou exegética, mas, uma vez entendido o símbolo, é preciso que aquela mensagem, como finalidade, seja entendida diante de uma circunstância fática real, pois que o seu conteúdo, o seu significado, é a sua razão de ser.

TÉCNICA PROCESSUAL COMO MÉTODO PARA DIZER O DIREITO

O Direito, do ponto de vista hermenêutico, está inserido numa problemática maior, que é a da própria existência como manifestação de uma essência transindividual e, portanto, metafísica, na medida em que, comum a todos, não pertence a ninguém em particular. Esse absoluto que transmuda-se em cada um, em cada situação particular, é o próprio ser, o qual, do ponto de vista jurídico, é a base do Justo.

O Justo é, portanto, natural, pois que independe da vontade, estampada na lei. Mas, a lei, metodologicamente necessária, é também metodologicamente falha e, por isso, indispensável, deve ser completada sempre pela interpretação como preocupação de realização das finalidades.

Em outras palavras, é a equidade como demonstração de que o "direito natural" do ponto de vista aristotélico, nada mais é do que um método hermenêutico. Um método para *dizer o direito*.

HERMENÊUTICA E JUSTIÇA

Se colocarmos a questão sobre se o Direito deve visar a lei ou a justiça, podemos obter respostas de um ou de outro lado, como já foi visto.

Mas, se observarmos a realidade em si, veremos que o Direito é um instrumento de realização do Homem, ou seja, é através do Direito que o Homem busca resolver os conflitos que o afastam de por em prática todas as suas potencialidades. E, do ponto de vista orgânico, só o equilíbrio pode trazer solução aos conflitos e permitir a paz.

Cabe-nos, assim, apenas uma resposta: o Direito visa a Justiça. E Justiça, como equilíbrio ou equidade, é, exatamente, guardar as devidas proporções.

Diante do texto frio e estático, genérico e lacônico, da lei, opera o juiz como animador desse texto sem vida, completando a generalidade estática da norma, de modo a resolver conflitos e restabelecer a igualdade.

O Direito, portanto, não é só a Norma, seja escrita ou costumeira, e nem só o fato objetivo em si, mas, a valoração de ambos, num contínuo esforço interpretativo ou hermenêutico que se chama *dizer o Direito*.

Como se depreende da obra de Gadamer, na esteira do pensamento de Heidegger, a hermenêutica não é mera atividade teórica, mas busca algo essencialmente "prático", que vem de encontro com a vida, o que ele chama de "presentificação" do texto, que significa que "compreender um texto é sempre aplicá-lo". Por isso, os exemplos da hermenêutica jurídica e da hermenêutica teológica são esclarecedores,¹ pois interpretar a "vontade da lei" ou a "vontade de Deus" não são meras formas de se dominar o assunto, mas de o servir. Compreender, portanto, é compreender para o presente, porque não se compreende o passado contemplativamente, porém, se traz do passado o essencial para o presente. Aqui, portanto, há um papel de tradução pela hermenêutica, cuja "atualização" de geração para geração se dá pela tradição. Conhecer, assim, não é um fluxo de percepções, mas um acontecimento histórico, um evento, um encontro. Ou, como Heidegger respondeu a Marx, "interpretar já não é modificar"?

Gadamer parte da avaliação hegeliana de experiência, para uma "inversão ou reestruturação" da consciência, pois a experiência é antes negativa: uma coisa não é como a tínhamos pensado! Daí o sentido de "desilusão" como experiência: para Gadamer, o homem experiente é um homem decepcionado, uma vez que a experiência contrária, é experiência de finitude. Isso, exatamente, vai contra o idealismo, que acredita influir com a vontade subjetiva na confecção do mundo.

O homem experiente conhece os limites de toda antecipação, vale dizer, sabe da experiência de todos os planos, e isto o abre a novas experiências. Ou seja, é criativo, não acreditando num "método", que é sempre prático, -estabelecido e castrador da criatividade, é dogma.

A experiência do passado previne o futuro e, assim, constitui-se a experiência a estrutura da interrogação. Querer interrogar é querer saber, saber o que não se sabe (*docta ignorantia* socrática).

É certo, contudo, que uma pergunta tem sempre uma orientação prática, na qual está implícita a resposta, ou melhor, as fronteiras dessa resposta-limite, como a chama, e, portanto, é preciso saber perguntar!

¹ *Verdade e método*, p. 166 e s.

Perguntar corretamente é penetrar no tema. A tarefa da Hermenêutica é tirar o texto da alienação em que se encontra, enquanto forma rígida, escrita, recolocando-o no presente vivo do diálogo, cuja primeira realização é a pergunta e a resposta. O próprio texto pergunta e é uma resposta, no sentido dialético de que cada pergunta gera uma resposta, que gera uma pergunta e assim por diante.

A revelação ontológica que diz que "algo não é como pensávamos", se dá pela linguagem, a qual, rejeitando-se a "teoria do signo", não tem caráter instrumental. Ou seja, a palavra é, por si mesma, já significativa, pois não é fruto da reflexão, mas da experiência. É a figura do "Verbo Divino".

Podemos salientar que o termo "verbo" significa ação. Deus, no seu absoluto, não age, pois não tem "temporalidade" (passado, presente, perspectiva de futuro), e assim também não se caracteriza pelo "distanciamento" que exige uma expressão e uma interpretação. Não é mundo dos homens e, por isso, para "falar" com eles, insere-se, na pessoa de Jesus Cristo, um homem e Deus, no relativo humano, podendo, então, "falar" com eles: falar, o "verbo", é agir por excelência, pois é fazer o fazer: característica de "comando" da palavra.

Por isso, "ter um mundo", como diz Gadamer, é ter uma linguagem, de modo que os animais não têm "linguagem", mas meros signos de entendimento.

As palavras, porém, são especulativas e toda interpretação é especulativa, pois não se pode crer num significado infinito. Isso, aliás, caracterizaria o dogma.

A hermenêutica, assim, é universal, pertence ao ser da filosofia, pois "a concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem.", como salienta R. Palmer² ao estudar Gadamer.

A hermenêutica de Gadamer é, assim, mais especulativa que dialética, não querendo ele "entender corretamente", mas profunda e verdadeiramente. Opta pela "verdade" em detrimento do "método". É importante para Gadamer, nesse contexto, o exemplo da hermenêutica jurídica como "aplicação", assim como a presença de Aristóteles, o pai do direito natural clássico.

Gadamer estuda especialmente Aristóteles em relação à hermenêutica,³ começando por apontar que a "ética" aristotélica, é "aprender para agir".

Aplicar, nada mais é do que aplicar uma coisa geral (princípio) a uma situação particular (concreta).

2 Palmer, cit., p. 215; *Verdade e método*, p. 332.

3 *Verdade e método*, p. 153 e s.

Aristóteles, segundo Gadamer, ignora a "legalidade" da natureza, reconhecendo sim a mobilidade do comportamento humano.

Por isso, faz uma diferença entre "phronesis" (saber moral) e "epistème" (saber técnico). O saber moral é um saber sobre si ("Sich-wissen") e um saber para si ("für-sich-wissen"), enquanto que o saber técnico, a "techné", é saber algo sobre algo: É, técnica do artesão, é, diríamos, "tecnologia".

Enquanto a "techné" pode ser aprendida e desaprendida, (pois é "método" conveniente por circunstâncias), a "phronesis," não se aprende e nem se desaprende (pois é "natural").

Para aplicar o Direito, Aristóteles prevê a "epieikeia", ou seja, a "equidade", que é o aperfeiçoamento, a correção, a atualização da norma, ao passo que no caso do projeto do artesão não se pode fugir do plano sob pena de se renunciá-lo.

O Direito, para Aristóteles, significa leis sempre deficientes em face da complexidade da realidade humana, sendo que o direito natural é inalterável para os deuses, mas é variável para os homens. Como já se disse antes, é a verdade absoluta como verdade, mas proporcional como desdobramento na realidade humana.⁴

Aristóteles se posiciona assim contra o convencionalismo extremo, que redundaria num positivismo legal, o que, aliás, para Maximiliano, é fruto do individualismo, e, portanto, do relativismo.⁵

Ao contrário, portanto, do saber técnico, que tem um fim teórico de projeto – ou como diz Habermas, um "agir comunicativo" –, o saber moral, para Aristóteles, tem um fim prático, é um agir moral.

Por isso, para Aristóteles, o chamado "direito natural" não é mais que uma crítica, indispensável em razão da ineficiência do direito positivo. Bem se vê, por isso, que não se trata de um direito "revelado" e carente de dogmatização, seja da natureza estudada pelas ciências naturais, seja de uma orientação confessional, embora com isso tudo, como verdade, se harmonize.

É por isso que Vandyck Nóbrega de Araújo,⁶ ao estudar o direito natural, critica com veemência a restrição do termo ao significado de "princípios gerais do direito",

4 Conferir, acima, o estudo sobre Ontologia.

5 Conferir Carlos Maximiliano, cit., p. 18.

6 Vandyck Nóbrega de Araújo, *Fundamentos aristotélicos do direito natural*, Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1988. O autor informa, na p. 13, que, segundo Michel Villey, há 225 combinações de 17 significados da palavra *natureza* com 25 correntes existentes sobre o direito natural.

citando Louis Delbei, para o qual "restringir o direito ao estudo das fontes formais do direito positivo, lei, regra, costume, jurisprudência, interditando todo julgamento de valor ou toda consideração de finalidade, seria reduzi-lo a uma técnica".⁷

Para Aristóteles, recorda Vandick, extraímos o princípio do justo, da observação da natureza, embora não se trate aqui da "natureza humana" rompida com a verdadeira essência do "phisikon dikaion", como depois de H. Grotius.⁸

Aristóteles prefere a experiência, aliás, como assegurou Gadamer, à reflexão lógico-matemática preferida pelos modernos, pois o Bem (Agathon) é inerente (essência, ousia) às coisas, como ponderou depois S. Tomás: "Bodum est in re". Anota o autor que M. Villey, in *Philosophie du droit*, p. 125, assevera que Heidegger descobriu a chave do conceito clássico do direito natural,⁹ o que, portanto, nos atualiza com a sua tradição.

Podemos concluir, dessa forma, que para Aristóteles, o mal, "kakia", é fruto da não observação da virtude ("areté") da prudência, porque o que é conforme a natureza, há de ser obedecido, enquanto que a necessidade de coação, violência, para a realização de uma decisão ou ordem, significa que não é de acordo com a natureza.¹⁰

Vandick recorda que "natureza", para o Estagirita, é o impulso inato para o crescimento obedecendo a um propósito, numa harmonia dos meios com os fins,¹¹ enquanto que "Metafísica" não é o estudo do que está "atrás" da física (natureza), mas o estudo da realidade como um todo, ou seja, uma ontologia, ciência do ser. É, assim, uma dialética, na medida em que tudo está em movimento (de vir para atualização de sua potência), já que só o "Motor imóvel" é ato puro.¹² Heidegger aponta, nesse sentido, para uma "superação" ou cumprimento da metafísica e não sua destruição.

Já para Kant, a metafísica equivalia a um ceticismo quanto à coisa em si, acabando por dizer que o "ser em si" é incognoscível, redundando num relativismo sofista. E isso gera um dogmatismo, pois, não chegando à verdade, inventa-se uma, para satisfação da necessidade de segurança. O dever-ser, porém, é fruto da

7 Cit., p. 12.

8 Cit., p. 13-14.

9 Cit., p. 14.

10 Cit., p. 22.

11 Cit., p. 47, nota 16.

12 Conferir *Física*, de Aristóteles.

vontade, não se originando necessariamente da natureza, e, por isso, para ser obedecido, precisa ser coercível, ou seja, acompanhado da ameaça de um mal para quem não obedece.

Aristóteles diferenciava, do mesmo modo que a "técnica" da "ética", um direito por conveniência do direito natural, como já se viu.

O direito natural é válido em todo lugar e ocasião, pois o fogo queima na Pérsia como na Grécia, mas o direito positivo é válido somente em determinado estado, uma vez que depende da conveniência.

Mas o importante é que para o filósofo, não há antítese entre um e outro, sendo que o direito natural, perfeito porque da natureza, deve suprir as falhas do outro, fruto da vontade do homem e sujeito às vicissitudes das falhas humanas. Por isso, entende Vandick, que os dois alicerces do Direito Natural aristotélica, são o significado de "physis e a sua ética."¹³

Se a particularização do direito como ciência autônoma, começa com Grotius,¹⁴ completa-se depois com Thomasius, que estabeleceu definitivamente, sugere Kant, a dicotomia entre direito e moral.¹⁵

Para Aristóteles, porém, "Ethos" e "Physicon Dikaion" são inseparáveis, ao passo que para os romanos, o direito era realidade ontológica, regente da ontologia social do homem cujo objetivo é a realização da justiça.¹⁶ Podemos dizer, assim, que o direito romano é a prática da filosofia grega,¹⁷ ou, como o próprio Vandick assevera, o direito romano é o exemplo vivo da aplicação do "Tó Dikaion" de Aristóteles,¹⁸ pois havia concluído que só o direito natural é científico, uma vez que o direito positivo é fruto das convenções.¹⁹

Como se dá, portando, a prática hermenêutica aristotélica, da qual Gadamer se socorre?

Gadamer procura em Aristóteles, a fundamentação de uma hermenêutica como verdade, que interprete a vida e nela se insira. Por isso, recorda o exemplo da aplicação do direito.

Segundo Aloysio Ferraz Pereira,²⁰ Aristóteles diferencia direito e moral -

13 Cit., p. 28.

14 Cit., p. 33.

15 Cit., p. 39.

16 Conferir Dilthey, *Essência da filosofia*, p. 32.

17 Vandick, cit., 78, nota 16.

18 Cit., p. 65.

19 Conferir Aloysio Ferraz Pereira, *História da filosofia do direito*, São Paulo : RT, 1980.

20 Cit., p. 91.

diferente de Platão –, colocando a moral na classificação da virtude total, ou seja, "justiça universal", e o direito como virtude parcial ou justiça particular. Como justiça particular, divide-se em distributiva (que usa a proporção geométrica) e corretiva (que usa a proporção aritmética).

Por isso, trata-se o direito natural de um direito vivo, e não natureza morta da era cartesiana, não sendo um produto, mas resulta de um esforço de descoberta,²¹ sendo importante, por isso, a retórica dialética dos sofistas como método de pesquisa.²²

Ser justo, nesse sentido, é concorrer para a realização do ser, conforme a sua causa final,²³ embora a imperfeição do conhecimento do direito natural torne necessário o direito positivo e a dialética e pesquisa experimental.²⁴

Aliás, assegura Aloysio, a necessidade da lei positiva se deve também porque, como Aristóteles percebeu, é mais fácil encontrar legisladores prudentes (no momento da elaboração da lei) do que juízes dotados das qualidades indispensáveis à distribuição da justiça.²⁵ Isso equivale ao ditado segundo o qual, pela inversão da aplicação, é preferível más leis e bons juízes, do que boas leis e maus juízes, pois o juiz bom melhora a lei ruim e o juiz ruim piora a lei boa.

Dessa maneira, é a natureza a fonte e limite de poder, pois a "equidade" é devida à necessidade de corrigir a rigidez e os desvios das leis positivas, de modo que dá ao juiz a autoridade para interpretar a lei segundo o princípio natural, e isso é Hermenêutica.²⁶

Mas, se a lei positiva não exprime o justo natural, já não visa o bem comum e a promoção da virtude não é mais lei, acentua Aloysio, já que, segundo Aristóteles, "já não realiza a função própria da lei" (*Retórica*, I, 15, 7), perdendo a sua validade e podendo ser infringida.²⁷

O direito natural não é obediência passiva à lei, mas permite a pesquisa a fim de determinar o direito na observação e estudo da natureza, finaliza o autor,²⁸ que resume assim a teoria clássica do direito natural:

- não é formal e nem vazio (opõe-se à noção subjetiva do direito natural estóico

21 Cit., p. 89.

22 *História da filosofia do direito*, p. 63 e s.

23 Cit., p. 81.

24 Cit., p. 78.

25 Cit., p. 82.

26 Cit., p. 83.

27 Cit., p. 84.

28 Cit., p. 96.

e ao formalismo racional do kantismo)

- não é rígido, mas método experimental

- não gratifica os cidadãos com um ilusório sentimento de segurança como é próprio das ideologias

- não deriva do Estado (não é voluntarismo e nem positivismo jurídico)

- não é dualismo de regras (com pretensão de situar-se acima do direito positivo)

- não é fonte única, complementando-se com o direito positivo

- não se confunde com a moral

- não é vago e impreciso (possibilita decisões práticas)

- não é ideal e utópico (Platão), mas realista

- não é relativismo, porém mais um "relacionismo".²⁹

Para um direito natural, a aplicação é hermenêutica e não exegética. Ou seja, "só a hermenêutica", conclui Aloysio, "no sentido dilatado que lhe damos, pode completar a experiência e a visão dos fenômenos jurídicos em sua totalidade e na inteireza de seu sentido. Ela se funda, ou melhor, se aprofunda na existência (Heidegger e seus epígonos) e na praxis (Marx e seus discípulos não-dogmáticos)".³⁰

Pois, com efeito, "a hermenêutica é subversiva ou, se se preferir, devolutiva: faz 'voltar de baixo para cima' a estrutura originária do ser humano", a "sua precária plenitude".³¹

Como entendeu bem Gadamer, a tarefa de interpretar a lei é a tarefa de concretizá-la diante do caso particular,³² pois compreender é um trabalho de concretização e é o que autoriza o jurista, na função de juiz, diante de um texto legal, a completar o direito. É isto que lhe dá eficácia.³³

O testemunho da lei brasileira em favor da equidade é interessante.

O art. 126 do Código de Processo Civil ora em vigor, diz que "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito."

Percebe-se, de sua redação, que a lacuna ou obscuridade são vistas como

29 Cit., p. 87.

30 Cit., p. 88.

31 Cit., p. 88-89.

32 Cit., p. 107.

33 Cit., p. 184.

exceção,³⁴ ou seja, que faz perdurar ainda o desgastado princípio *in claris cessat interpretatio*, da escola exegética. Por isso é que só a decisão "praeter legem" (na falta de norma legal) é aceita pelos juristas de modo geral, mas não a decisão "contra legem", ou seja, contra lei.³⁵

Coerente com isso, o art. 127, do CPC, que diz: "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei."

Segundo Celso Agrícola Barbi, há uma tendência a se normatizar a equidade, embora não se exclua a equidade fora dos casos autorizados por lei, porque o direito continua sendo *ars boni et aequi*: ao aplicar a lei no caso concreto, deve-se atenuar o rigor excessivo que trouxer conseqüências indesejáveis: a equidade como meio de interpretação para uma justa aplicação ao caso concreto não depende de autorização expressa do legislador, a qual só é necessária em casos em que o juiz deva aplicar diretamente a equidade em lugar da lei.³⁶

A lei de Introdução ao Código Civil, que a que rege os princípios gerais de direito, nos arts. 4º e 5º, manda que o juiz não deixe de julgar em hipótese alguma e que atenda sempre aos fins sociais a que a lei se dirige, assim como às exigências do bem comum. Já o art. 5º da lei n. 7.244/84, que introduziu os chamados "Juizados especiais de pequenas causas", diz que nas causas cuja competência for de tais juizados, só se decidirá por equidade!

Outrossim, mais recentemente, a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre juizados especiais cíveis e criminais, consagra o princípio da informalidade dos procedimentos referentes às causas de competência desses juizados.

34 Sobre a interpretação desse artigo, conferir Celso Agrícola Barbi, in *Comentários ao código de processo civil*, Rio : Forense, 1983, v. I, p. 517 e s.

35 *Idem*, p. 519.

36 *Cit.*, p. 521.

ORIA DO JUSTO PROPORCIONAL

Recordando a figura do anão que se senta nos ombros do gigante, podemos dizer que a filosofia é constante questionamento a partir de respostas que se tornam novas perguntas. Por isso é que a sua característica é não a posse de "uma verdade" ou conhecimento, mas a busca da verdade, que se fenomenaliza nas condições humanas.

Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, L. V, 3, expôs a respeito da "justiça" como uma proporção, de modo que, restabelecendo a harmonia, traz a união dos homens,¹ enquanto que Heidegger, na sua *Introdução à metafísica*, procurou esclarecer a noção de "dike" como aquilo que ajunta através do logos, o nomos inteligente, e possibilita a realização do ser do homem que é a convivência.²

Preambularmente, vamos à questão da filosofia e da verdade.

Heidegger procurou responder a questão fundamental, acerca do que é a filosofia. A pergunta "que é isto – a filosofia?" é a pergunta fundamental, pois ao tentarmos respondê-la, já estamos fazendo filosofia.³ Concordamos, então, que filosofia é, antes de tudo, a busca incessante da verdade e nos remetemos ao ser. A pergunta sobre o ser começa, porém, com a pergunta sobre o não-ser, o "nada".

Na sua *Introdução à metafísica*,⁴ Heidegger começa perguntando "porque há simplesmente o ente e não antes o Nada?"

A discussão metafísica se dá em volta da idéia de "nada", que para Parmênides é um absurdo. Realmente, é esse nada que provoca o espanto que torna possível a filosofia: pergunta-se "porque não é de outro jeito?" Ora, quando dizemos sobre o nada, estamos afirmando um ser, o "nada". Se o "nada" é, evidentemente é alguma coisa, é *o ser*, e não pode "não-ser".

Se o nada é, não é "nada". É ser.

Numa proposição matemática, sendo que sinais iguais resultam sempre positivos, assinalando o "nada" com sinal negativo (-) e o ser com sinal positivo (+), temos que:

$$+ / + = +$$

1 *Ética a Nicômaco*, L V, 5.

2 *Introdução à metafísica*.

3 *Qu'est-ce la philosophie?* Esta é a questão. Conferir tradução de Ernildo Stein, coleção *Os pensadores*, São Paulo : Nova Cultural, 1989, vol. Heidegger, p. 13 e s.

4 *Introdução...*, p. 33.

-/- = +

o que significa que, se substituirmos:

ser/ser = ser

(uma proposição positiva acerca do ser é ser)

não-ser/não-ser = ser

(uma proposição negativa acerca do não-ser é ser).

Ou seja, com Heráclito, podemos repetir: "Nada é, tudo está por se fazer".

Falar "nada é", significa, numa redundância, "nada não é".

A "unidade dos opostos" permite a figura do fogo eternamente vivo de que fala Heráclito e que considera o "nada" como uma possibilidade do ser.

O "não-ser", portanto, nada mais é do que a possibilidade do ser do homem vir-a-ser. Aí se funda a temporalidade, pois o homem não é um ser absoluto, mas se equilibra na linha tênue do momento, se atualiza, presentifica-se, entre o que chamamos passado e o que chamamos futuro. O passado é o "não-ser" que já foi e o futuro é o "não-ser" que ainda será.

Uma folha em branco é um "nada" sem significado. A partir de um traço e de outro começa a surgir, por contraste, uma figura, uma imagem. O branco da folha é o não-ser do traço e o traço é o não-ser da folha em branco. É a delimitação, a individualização, a particularização dentro do "tudo", do absoluto, que possibilita a fenomenalização do ser, ainda que este seja em si o tudo.

Há portanto, uma proporção entre o "tudo" e o "nada", entre o "ser" e o "não-ser".

Resta daí que a verdade é relativa?

Concordamos que a filosofia é a busca da verdade, mas se a verdade é relativa, que filosofia é possível, sendo uma porção de palpites pessoais?

A individualidade do homem leva a um conceito de verdade como relativa, como se cada um tivesse a sua própria verdade, o que leva ao desânimo de filosofar.

O ser é absoluto, porém, se demonstra em cada momento na realidade que se dinamiza um constante devir. Por isso, a filosofia também é a constante busca da verdade, pois esta, como "desvelamento" do ser, se caracteriza em cada caso particular.

Partindo do princípio da identidade utilizado por Heidegger,⁵ podemos afirmar que $A = A$.

⁵ *Identidade e diferença*, cit., p. 139 e s.

É verdadeira a proposição que diz conforme a realidade. É verdadeira a proposição que afirma uma identidade como esta, $A = A$.

Se numa situação ideal (T), $A = A$, temos:

T : $A = A$

(T significa A igual a A)

Logo, numa situação nova, que denominamos T1, para mantermos a igualdade e, pois, a identidade, temos:

T1 : $A1 = A1$

e assim por diante.

Se em T, $A = A$, , impossível que em T1, $A = A$, ou $A1 = A$, mas guardada a proporção, a fim de não se alterar a perfeição da proposição, os componentes se ajustam.

Utilizando a razão matemática, podemos apontar:

$1/2 = 2/4 = 4/8$ etc.

Trata-se sempre da mesma proporção (no exemplo, de metade), inobstante se alterem os fatores, pois se alteram sempre proporcionalmente.

Não se trata de uma matematização do pensamento, mas da própria razão que é sempre lógica. "Logos" é a realização do ser, no entendimento de Heráclito.

Se muda o aspecto da realidade, para que uma proposição se mantenha verdadeira, deve mudar seus fatores na mesma proporção da mudança do aspecto da realidade. Concluímos, portanto, que a VERDADE É A PROPORÇÃO, ou seja, a verdade é proporcional.

Bem, o que isso tem a ver com o direito?

O conceito de direito sempre se resvalou no conceito metafísico de verdade, pois é a partir da desconfiança na verdade que se partiu, ceticamente, para fórmulas que proporcionassem uma segurança artificial.

Essa visão cética, relativista, da verdade, não aceitando a verdade absoluta, como "desvelamento" do ser, ou seja, como ontologia, teve que construir instrumentos de garantia de uma "certa verdade", através da dogmatização de determinados valores, excluindo quaisquer elementos metafísicos.⁶

Na realidade do direito, temos a concorrência de três fatores, segundo a

6 O criticismo de Kant, por exemplo, ao concluir pela impossibilidade do conhecimento, propõe normas positivas para uma conduta conveniente.

sintetização de Miguel Reale na *Teoria tridimensional do direito*.⁷

Segundo essa teoria, é da tensão entre fato e valor que resulta a norma.⁸ Quer dizer que o fato social, a realidade, suscita uma interpretação segundo valores, que se consubstancia na norma legal.

Fora a crítica sobre a generalização da essencialidade da norma, podemos concordar que normalmente estão presentes os três requisitos, pois mesmo quando não h norma escrita, a interpretação na aplicação do direito pode se equiparar a uma norma, como ocorre no direito anglo-ameriano.

Dessa maneira, estabelece-se uma proporção que pode ser escrita de três formas, de acordo com o que se quer especificar:

$$F : V = N$$

ou

$$V : F = N$$

ou

$$N : F = V$$

onde: F = fato, V = valor e N = norma.

Isso significa que a relação mantém um princípio de equilíbrio ou de proporcionalidade que, para ser mantido, deve fazer mudar todos os seus elementos assim que um deles mudar, e na mesma proporção da mudança deste. Teríamos, então:

$$F1 : V1 = N1$$

$$V1 : F1 = N1$$

$$N1 : F1 = V1$$

e assim por diante.

O fato social, produzido pelo homem, é dinâmico como o ser do homem na história e a sua interpretação se dá valorativamente, eticamente, na mesma proporção de sua dinamização. A norma, contudo, mesmo após espelhar um determinado valor ético, mantém-se, por sua própria natureza dogmática, inflexível.

Portanto, para a manutenção da proporcionalidade entre fato, valor e norma, é preciso que se observe o fato, que tem primazia como realidade, funcionando o valor como princípio inteligente na relação, de modo a interpretar a norma ou o que

7 Cit.

8 Cit., p. 74.

a valha (argumentos doutrinários jurisprudenciais, p. ex.) que é sempre regra geral imutável (anterior), estabelecendo-se a devida proporção na sua aplicação ao caso concreto. Só assim a verdade da proporção inicial será mantida.

Se uma norma é N1, num primeiro momento em que fato é F1, o sentido axiológico da aplicação daquela em relação a este deverá ser V1.

Numa segunda circunstância, em que fato é diverso, ou seja, F2, a valoração deverá ser outra, V2, aplicando-se a norma com essa nova valoração, ou seja, N2. Isso é "atualizar", presentificar ou tornar oportuno.

Portanto, justa não é a norma, assim como justo não é o fato. A valoração, que é o ponto inteligente de ligação dos dois fatores é que torna justa a relação de ambos, ou seja, JUSTA É A PROPORÇÃO.⁹

Disse que o anão sobe nos ombros do gigante e assim pode enxergar mais longe. Mas não fazemos mais que explicitar nossos antepassados, os quais, na filosofia, se realmente buscaram a verdade, são sempre nossos contemporâneos.

A proporcionalidade, em termos de filosofia, parece atender ao princípio da verdade que Heidegger expôs, e, em termos de direito, parece estar de acordo com o que Aristóteles chamou de justo proporcional.¹⁰ A essência (ser) do homem é um "sendo" na temporalidade. Como Heidegger chama de "ente".¹¹

O corpo é um objeto que delimita, traz a idéia de finito (que supõe um não-ser si mesmo) que leva a individualidade e egoísmo. A isso corresponde uma diversidade. São objetos uns dos outros na coexistência. A existência é um traçado no papel em branco.

Por outro lado, a essência (ser) em si é atemporalidade, inteligência que se anima e, idêntica a si mesma, é idêntica à universalidade. É comunhão ou identidade, pois é idêntica ao tudo. A "idéia" de alma corresponde a expansão e infinito. Como é que se conjugam dialeticamente esses contrários?

Ser indivíduo significa renunciar ao que mais não se é, ao "não-ser".

"Nada" é a possibilidade de ser o que ainda não se é (potencialidade), pois o homem está sendo num determinado tempo e lugar, o que supõe a renúncia de

9 Conferir, a respeito da definição heideggeriana de *xinon*, a *Introdução à metafísica*, p. 156; conferir, ainda, a respeito do *Fragmento 114, de Heráclito*, na col. *Os pensadores*, v. Pré-socráticos I, p. 62, inclusive a nota 21, sobre *xyn nói*, que significa *com inteligência* e se aproxima foneticamente do adjetivo *xynói*, que se traduz por *o que-, -com, comum*.

10 *Ética a Nicômaco*, Livro V, 3.

11 Conferir, a respeito da tradução para o português do termo alemão *seindes*, a nota n. 1 de Emanuel Carneiro Leão, o tradutor da *Introdução à metafísica*, p. 77.

todos os outros tempos e lugares: presentifica-se entre um não-ser do passado e um não-ser do futuro. Um constante devir.

Poderíamos esclarecer isso pela seguinte fórmula:

ser do homem = como o homem é

onde:

ser do homem = sendo e como é = ser.

Substituindo, temos o seguinte:

sendo = ,

o que vale dizer: sendo o que se é, ou autenticidade.

Não há, portanto, uma dicotomia corpo-alma, mas a harmonia (justo) entre ser e não-ser, "aquilo que se torna", é a "tempestade calma" da dialética indivíduo/universo, finito/infinito, ego/comunhão, que a filosofia explica, mas só a arte realiza. Para Hölderlin, o "uno que em si mesmo se diferencia", de Heráclito, "é a essência da beleza e antes de ter sido encontrada não havia filosofia."¹²

Por sua vez, "logos" é a reunião constante, a unidade de reunião, consistente em si mesma, do ente.

Para Heidegger, o termo grego "dike", mais do que "justiça no sentido jurídico", se traduz por "juntura" e por isso o "eon", o ente é, em sua essencialização, "xynon", presença reunida.

Um tal "xynon", que é o que reúne tudo em si e o mantém junto, "é, segundo o *Fragmento 114*, o "nomos" para a "polis", a legislação (legislar entendido aqui como reunir), a estrutura interior da "polis", não um universal, não algo, que flutua sobre tudo e ninguém apreende, mas a unidade originariamente unificante do que tende a separar-se".

Finalmente, o "nomos" não é "lei" no sentido jurídico, assim como "dike" não é justiça nesse sentido. O "logos" é essa liga que ajunta o que tende a se desprender. É harmonia, disciplina e beleza, é cosmo, é identidade, do que tende a se diferenciar em caos.

Os modernos não entenderam isso. Quiseram manter-se na individualidade para preservar a identidade e tiveram que se socorrer do artifício da coerção.

O que, por natureza e verdade, é comunhão e realização do ser do justo, ficou, na cegueira do Iluminismo, no campo ainda do individual. Para essa circunscrição

¹² Para o poeta Hölderlin, beleza significa ser. Conferir Ernildo Stein, no volume *Heidegger* da coleção *Os pensadores*, p. 11.

pobre do egoísmo, a lei será quando muito, "ação comunicativa" (Habermas). Mas é duvidoso que ainda isso se recupere, pois "o dizer e ouvir só são justos, quando se orientam, previamente, e em si mesmos, pelo Ser, o Logos".

HISTÓRIA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NO BRASIL

No Brasil, de modo bastante sinótico, são mencionados como normativistas Augusto Teixeira de Freitas, Francisco de Paula Batista, Pimenta Bueno e Lafayette Rodrigues Pereira,¹ assim como na linha do sociologismo jurídico figuras como Tobias Barreto, Silvio Romero, Pedro Lessa, João Arruda, Pontes de Miranda² e também Clóvis Beviláqua, enquanto que os "eticistas" são representados pela corrente tomista, desde José Soriano de Souza até Alceu de Amoroso Lima, passando por João Mendes Junior, Vicente Ráo, Alexandre Correia, Armando Câmara, Leonardo Van Acker, Rui Cyrne de Lima, Jônatas Serrano, Alves da Silva e José Pedro Galvão de Souza.³ Evidentemente, são estes nomes dentre outros, pois falta uma classificação mais bem sucedida e atualizada acerca de nomes importantes e recentes do pensamento nacional, especialmente do pensamento jurídico.⁴

A influência do pensamento normativista, por vezes, é maior no início da fase dos estudos jurídicos no Brasil, inobstante a pressão do sociologismo da escola do Recife, por exemplo, se faça presente, e se sinta, de um modo geral, a presença do pensamento tomista na filosofia brasileira.

Nesse clima, a hermenêutica jurídica no Brasil tem espaço pequeno como matéria de obra literária. A história de obras dedicadas a esse assunto começa pela obra do tempo imperial de Francisco de Paula Baptista, denominada *Compêndio de hermenêutica jurídica*, publicada no Recife em 1860, e que se tornou o compêndio oficial da faculdade de direito. Essa obra, apesar da não especialização do autor, junto com a denominada *Cinco lições de hermenêutica jurídica*, de Joaquim Ignácio de Ramalho, o Barão de Ramalho, que é, na verdade, um comentário daquela, para aplicação na faculdade de direito de São Paulo, perduraram como únicas até o surgimento, em 1923, do livro de Carlos Maximiliano.⁵

1 Miguel Reale, *Filosofia do direito*, p. 410.

2 Idem, p. 436.

3 Idem, p. 483.

4 Um dos maiores nomes do pensamento brasileiro, sem dúvida, é Miguel Reale, mas a definição de suas características, devido ao ecletismo que o caracteriza, torna-se difícil, havendo quem o denomine um *culturalista*. Por falta de uma obra enciclopédica, porém, muitos outros nomes importantes não são citados, ainda que, por si mesmos, façam história.

5 Sobre essas duas primeiras obras, interessante consultar, além dos próprios textos, a apresentação das *Cinco lições*, feita por Moacir Lobo da Costa, no volume, que ainda contém o *Compêndio* (São Paulo : Saraiva, 1984, p. 85).

Interessante analisar as duas obras em conjunto. O professor Paula Baptista se propõe, no prólogo, a "tirar a hermenêutica jurídica da confusão, em que tem estado com o falso título de sistema", dividindo a sua obra em duas partes, a geral e a especial. Na primeira, dá as noções a respeito de hermenêutica, que entende ser o sistema de regras para a interpretação das leis,⁶ e na segunda parte, discorre a respeito da interpretação, que para ele é a aplicação dessas regras, a fim de se expor o verdadeiro sentido de uma lei obscura.⁷ Vê-se daí, que é partidário da máxima *in claris cessat interpretatio*, o que merece uma observação crítica do seu comentarista. O Barão de Ramalho entende que toda lei precisa ser interpretada e, citando Savigny, diz que interpretar é reconstruir o pensamento do legislador, o que impede que restrinja a interpretação como sendo apenas nos casos de lei obscura.⁸ Concordam ambos, por outro lado, que a interpretação é exegética, pois o que se busca é a vontade do legislador, como Paula Baptista explicita no parágrafo segundo da obra⁹ e Ramalho o confirma dizendo que o estudo da hermenêutica jurídica se justifica para se saber, quando transformada em lei, a vontade do legislador.¹⁰ Por isso mesmo, avisa aos seus alunos: "Não deve, pois, o intérprete, interpretar as palavras da lei conforme o sentido que elas têm na época da interpretação, mas sim de conformidade com a significação que elas tinham na época em que escreveu o legislador, porquanto só nesse sentido poderá ele ter empregado as palavras"¹¹. Importante notar que, pelas suas palavras, está demonstrado que ele estudou o método histórico-evolutivo, assim como, ao citar Savigny, citando-o como um dos que negam o direito natural, demonstra que discute sua obra e, assim, o historicismo.¹²

É interessante notar que, nesse alvorecer da história jurídica brasileira, os nossos juristas ainda se sentem tributários dos portugueses, dos quais "temos recebido quase todos os defeitos de sua jurisprudência", segundo Ramalho,¹³ ao passo que Baptista ainda fundava os princípios de sua hermenêutica na Lei da Boa Razão, de 1769, que era a melhor senão a única, a respeito de interpretação e que fala em direito natural. Essa "boa razão", segundo ele, é a razão dos estóicos, que

6 *Compêndio*, p. 3.

7 *Idem*, p. 4.

8 *Cinco lições...*, p. 97.

9 *Compêndio*, p. 4.

10 *Cinco lições...*, p. 91.

11 *Idem*, p. 114 (parágrafo XXIII).

12 *Compêndio*, p. 15.

13 *Cinco lições...*, p. 95.

inspirou os romanos e os cristãos¹⁴ e é a que deve nortear a interpretação jurídica no seu tempo.

Ao citar as fontes subsidiárias do direito, Paula Baptista ainda está no tempo das antigas Ordenações do Reino, vigorando as Ordenações Filipinas no Brasil, razão pela qual ainda se refere, além dos usos e costumes, ao direito romano, ao direito canônico, ao direito romano-canônico, e às obras dos doutores (os antigos glosadores), num verdadeiro pandectismo brasileiro, embora mais flexível do que o europeu, admitindo, além do direito natural, também a eqüidade, como sugere Ramalho no comentário ao parágrafo XXV do Compêndio, a respeito de textos contraditórios.¹⁵

Nessa época, contudo, Tobias Barreto e Silvio Romero já surgiam com a chamada Escola do Recife, negando a tradição lusitana e querendo fundar um pensamento nacional próprio dessa história que se iniciava e onde as antigüidades das ordenações portuguesas, por elas mesmas, já não tinham força suficiente para sobreviver.

Por outro lado, se Lafayette Rodrigues Pereira, outro célebre jurista do Império, contemporâneo dos citados hermeneutas (1834-1917), próximo da evolução do direito burguês, identificava-se com a escola da Exegese e com o racionalismo kantiano, como observa o professor Miguel Reale em *A filosofia de Kant no Brasil*, Antonio Joaquim Ribas (1819-1890), professor em São Paulo, romanista e discípulo do alemão Júlio Frank, foi contemporâneo e crítico, sobretudo de Paula Baptista.¹⁶

Ainda nessa época, para mostrar o seu potencial, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), também estudioso do direito romano, onde busca as "vigas mestras", como realça o professor Aloysio Ferraz Pereira em *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*,¹⁷ para a observação da realidade social e histórica, sob a influência de Savigny, recorrendo sempre à natureza das coisas, insurgindo-se contra o racionalismo e o empirismo radical. São dois pensadores, a bem se ver, que não se dão bem com a mera exegese, contrariamente aos inauguradores da teoria hermenêutica no Brasil.

Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, por sua vez, com o título *Hermenêutica e*

14 *Compêndio*, p. 12.

15 *Cinco lições...*, p. 118; conferir Christiano José de Andrade, *A hermenêutica jurídica no Brasil*, São Paulo : RT, s/d.

16 Como o relata Carlos Maximiliano, in *hermenêutica e aplicação do direito*, p. 35.

17 Extrato referente ao congresso na Universidade de Roma, publicação Cedam-Padova.

aplicação do direito,¹⁸ dá o próximo passo na história da hermenêutica brasileira, cuja análise breve faz no prefácio à primeira edição, datada de 1924. Depois de Paula Baptista, diz ele, "surgiu, prevaleceu e entrou em declínio, pelo menos parcial, a Escola Histórica", transformando-se no "sistema Histórico-Evolutivo ou só Evolutivo afinal (Jhering)", até o aparecimento da "corrente da livre indagação (proeter e contra legem), "talvez o evangelho do futuro", e, enfim, a escola alemã do Direito Livre.¹⁹ Elege, porém, a corrente do "Evolucionismo teleológico", "aceita pela maioria dos juristas contemporâneos", como ao final relata.²⁰

O pensamento de Carlos Maximiliano foi dominado pelo espírito de justiça, mas não a justiça embutida na lei, como vontade do poder legiferante. Ao contrário do *fiat justitia, pereat mundus*, não acreditava ele na vontade do legislador como marco de interpretação. Achava, inclusive, a respeito da chamada interpretação autêntica, que o legislador dificilmente seria o melhor intérprete da lei, pois, como disse o bastante citado Savigny, "a lei é mais sábia que o legislador", tendo vida própria.²¹ A interpretação é sociológica.²²

Para o autor gaúcho, a interpretação é sempre necessária, não tendo cabimento o *in claris cessat interpretatio*. Discute esse brocardo dizendo que não é romano, pois, ao contrário, os romanos recomendavam a interpretação, como, por exemplo, Celso, que dizia que "saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém sua força e poder" (*Digesto*, Livro I, Título 3, frag. 17).²³

Isso só se perdeu depois com o argumento da autoridade dos doutores, que é, aliás, o início do pandectismo e da necessidade dos juristas de tornarem o direito um corpo lógico de normas, acabando por desembocar na escola francesa da exegese, após passar pela escola dos Glosadores, até a satisfação iluminista do Código Civil napoleônico.²⁴

Maximiliano entende que o legislador não faz o direito mas o interpreta, ou melhor, no seu dizer, ele o revela. O direito, no dizer de Icilio Vanni e Sabino Jandoli, os quais encampa, é fruto espontâneo da "consciência jurídica nacional", pensamento este que pertence a Vico, predecessor da escola Histórica.²⁵ É por isso

18 Cit.

19 Cit., p. X.

20 Idem, p. XIII.

21 Idem, p. 29.

22 Idem, p. 31.

23 Idem, p. 34.

24 A observação é de Reale, in *Filosofia do direito*, cit., p. 410.

25 Maximiliano, cit., p. 19.

que define a aplicação do direito como sendo uma operação de enquadrar um caso concreto a uma norma jurídica adequada,²⁶ pois a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar²⁷ e interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões de direito.²⁸ Mas aplicar visa o direito e o fato.

É interessante ressaltar o papel do "consenso" para o autor. Era produto da individualização,²⁹ pois os sofistas ensinavam que a lei era produto de um acordo entre os cidadãos, que surgia, assim, como fruto da opinião ou convicção individuais. Ora, como se sabe, o individualismo da exegese visa preservar exatamente a vontade do legislador, porque entende que ali está a expressão da soberania popular, a qual não pode ser tocada. Foi o exagero de Savigny e sua escola Histórica, quando via no legislador a expressão autorizada do espírito do povo, o "volksgeist", a ponto de não se poder interpretar a lei, sob pena de desviar-se da "vontade geral". Tudo isso estava consciente no autor.

Quando Maximiliano fala em elementos históricos,³⁰ quer dizer que o legislador está inserido em condições históricas que não podem ser ignoradas, assim como quando fala no elemento teleológico,³¹ quer significar que essas condições históricas mudam e que a lei foi feita para ser aplicada na realidade. Por isso é que Teodósio II, ao mandar que se observasse as opiniões dos doutos, criou, segundo a expressão citada de Cogliolo, um "tribunal de mortos".

Os juristas romanos, porém, procuravam adaptar o sentido das normas para as necessidades da vida, como perceberam Jhering e Saleilles. Por isso, ao aplicador da lei se impõem alguns requisitos, tais como conhecer o todo orgânico da lei, assim a realidade e as circunstâncias da vida. É onde ele aponta o sério problema de escolha dos magistrados, já deficiente na época em que escreveu e que sofreu, na prática, como advogado e depois como ministro do Supremo Tribunal Federal.³² Esse sistema, no entanto, perdura até hoje.³³

Maximiliano procurava o meio termo como casa da virtude. Não queria manter-se no velho método lógico exegético, mas entendia que não era possível

26 Idem, p. 6.

27 Idem, p. 1.

28 Idem.

29 Idem, p. 18.

30 Idem, p. 137.

31 Idem, p. 151.

32 Idem, p. 100.

33 Ainda hoje se lamenta a dificuldade na escolha de candidatos ao cargo de juiz. No texto original, citávamos o jornal *Tribuna do direito*, ano 1, n. 4, de agosto de 1993, p. 16, com matéria a respeito.

embrenhar-se pelo caminho revolucionário de um Kantorowicz do "direito livre". O método histórico-evolutivo caía-lhe bem, aliado ao método interpretativo sistemático, que exigia um conhecimento orgânico do todo jurídico. E assim pensando, dava um passo longo – um salto mesmo – na história da hermenêutica jurídica brasileira. Um passo que, em importância, não foi repetido.

Com vasta e importante obra, Miguel Reale também discorreu sobre hermenêutica jurídica. Especialmente em *O direito como experiência*,³⁴ que é resultado de uma coletânea de ensaios.

Exatamente no ensaio X, denominado *Problemas de hermenêutica jurídica*, é que o autor discorre sobre o assunto, um caminho inverso da nomogênese, a confecção da norma, segundo sua conhecida *Teoria tridimensional do direito*. Vale dizer que a interpretação se refere diretamente à tomada de posição do intérprete, diante do problema ontológico do direito. Já havia dito o autor, no mesmo volume, que: "dize-me que espécie de realidade te parece ser o direito, e eu direi como o interpreto."³⁵

Ora, como o direito se sustenta em três pilares, o fato, o valor e a norma, segundo o autor, parte-se desse conceito para se entender o sistema interpretativo que sugere.

O legislador está inserido num contexto de fatos, diante dos quais é chamado a tomar uma posição axiológica, a fim de objetivar sua vontade, ou seja, a sua escolha, em uma norma jurídica. Interpretar, assim, é aplicar regras determinadas pela hermenêutica, para se explicitar essa vontade objetivada na norma. Se o fato, por si mesmo é objetivo, e a norma também é objetiva, pois que objetivação da vontade do legislador, apenas o "valor" é elemento subjetivo, fruto que é, da decisão pessoal. "O fim, na experiência jurídica não é senão um valor, compreendido racionalmente" na norma, diz ele em *Pluralismo e liberdade*,³⁶ sendo que o que importa é que o intérprete tenha compreensão dos valores que governam a ordem jurídica,³⁷ ou seja, a própria vontade do legislador, que afinal foi quem elegeu, na sua decisão subjetiva, os valores a serem tutelados pela norma.

É verdade que Reale tenta abrandar essa concepção, afirmando o caráter teleológico da norma, dizendo-a como "versão racional de um valor que se quer

34 São Paulo : Saraiva, 1968, p. 259.

35 Idem, p. 251.

36 P. 240.

37 Idem, p. 242.

alcançar" e de onde deriva o caráter lógico do ato interpretativo, sendo essa lógica, não a formal, mas a "lógica do razoável", no dizer de L. Recasens Siches, contraposta à lógica do racional.³⁸

Citando E. Betti, E. Husserl, Heidegger e C. Sforza, diz Reale que interpretar é sempre um momento de intersubjetividade³⁹ e que é, portanto, "um ato dirigido a algo em razão de alguém e vinculado às estruturas inerentes ao objeto interpretável". O intérprete, por assim dizer, interpreta uma interpretação, não podendo ir além do "desenho intencional". Ou seja, limita-se na estrutura objetivada, acha-se vinculado.⁴⁰ Razoável, então, é a própria decisão objetivada na norma e qualquer decisão interpretativa que não o reconheça é que estará discrepante do "razoável"! Não é de duvidar que a filosofia de Miguel Reale encontre quem veja nela influências discrepantes, características do mais completo ecletismo, tais como de Husserl, Scheler, Hartmann, Bergson (Intuicionismo), do Ontologismo, além de Kant, do Existencialismo, do Marxismo e do Estruturalismo.⁴¹

Estamos certos, porém, de que esse valor objetivado na norma, o momento culminante do poder, que é o decisório (o poder de decidir por sua vontade é a marca da soberania), é que determina o direito. Afinal, o que seria do fato se o legislador não o valorasse a ponto de erigi-lo numa norma? A norma é o dogma no qual está inscrita a vontade do poder legiferante. Essa vontade é que deve ser revelada mediante o processo de interpretação.

Embora um sistema bem montado, sem a ingenuidade e a simplicidade isenta de artifícios dos primeiros exegetas brasileiros, Miguel Reale, se bem o entendemos, não diz mais do que aqueles.

Dentre outras obras dedicadas ao estudo da Hermenêutica jurídica no Brasil estão as de M. Franzem de Lima, Alípio Silveira e R. Limongi França, além das referências, em obra maior, de Tércio Sampaio Ferraz Junior.

M Franzem de Lima, em seu livro *Da interpretação jurídica*,⁴² ao contrário de M. Reale, parte para outro aspecto da interpretação. Sua obra, de ordem pedagógica, procura resumir todas as correntes hermenêuticas, apegando-se exageradamente a nomes. Não é propriamente um trabalho científico. Sem originalidade e com muitas

38 Idem.

39 Idem.

40 Idem.

41 Conferir Christiano José de Andrade, cit.

42 *Da interpretação jurídica*, 2. ed. Rio : Forense, 1955.

aspas, conclui abruptamente, citando os sempre lembrados Saleilles, cujas palavras abrem o texto inaugural do livro, Maurice Hauriou e Henri de Page. Sua conclusão é pela "Hermenêutica científica", que define como instrumento de pesquisa do direito, a serviço do juiz. E o juiz é o criador da ordem social e da justiça, o legislador suplente, com atribuições de verdadeiro governo no meio social.⁴³

Alípio Silveira, na *Hermenêutica no direito brasileiro*,⁴⁴ traz como tônica a já invocada "lógica do razoável" por M. Reale.

Na discussão sobre se a interpretação deve esboçar a vontade do legislador ou a vontade da lei, Silveira invoca a lógica do razoável, segundo L. Recasens Siches, segundo a qual, a norma é que deve se adaptar ao fato e não o fato à norma. Entendendo que o art. 5º da lei de introdução ao Código Civil brasileiro adotou o sistema "histórico-evolutivo" e o método "teleológico", quer ver nisso a apropriação, pela lei, da lógica do razoável. Cita Eduardo Espínola e E. Espínola Filho nesse sentido e também Frederico Marques, que, segundo ele, quis a interpretação no campo do direito penal também sob o colorido da lógica do razoável. Clóvis Beviláqua, o autor do Código Civil, assim como Orozimbo Nonato, um dos responsáveis pela redação do art. 5º referido acima, em segunda versão, eram adeptos do método histórico-evolutivo. E Clóvis já dizia, em 1908, que "na interpretação da lei deve-se atender antes de tudo ao que é razoável".⁴⁵ É por isso, conclui o autor, que o dispositivo referido ao falar em decisão segundo o bem comum, se enquadra no método histórico-evolutivo moderado (que não permite decisão contra a lei), e admite o método sociológico, para efetiva averiguação do fim social do direito.⁴⁶

Alípio Silveira tem, sem dúvida, uma posição simpática àqueles que procuram afastar o método meramente racional e o método puramente empírico da interpretação jurídica. Sua obra, contudo, isenta-se de um vigor filosófico, apenas argumentando, como sugere o próprio título, a respeito da hermenêutica no Brasil.

A respeito da lógica do razoável, é importante notar que M. Reale a invoca para a interpretação que busca enquadrar os fatos na norma, de forma kantiana, e Silveira, ao contrário, (e nomeando Roscoe Pound), diz que o intérprete, deve adaptar a

43 Idem, p. 247.

44 *Hermenêutica no direito brasileiro*, São Paulo : RT, 1968.

45 Idem, p. 82-83.

46 Idem, p. 141.

norma ao caso.⁴⁷ Será que a "lógica do razoável" , uma chave que abre todas as portas? Parece que o objetivo é livrar o intérprete, das amarras de uma interpretação meramente formal, dando-lhe condições de decidir com liberdade em vista da apreciação dos fatos. A lei seria um princípio de raciocínio que iria se completar além da própria norma, ou como disse Gèny, "pelo código, mas além dele", parafraseando Jhering ("pelo direito romano, mas além dele"). O razoável, porém, continua uma "chave falsa".

R. Limongi França, através da obra didática *Hermenêutica jurídica*,⁴⁸ procura demonstrar sinoticamente os diversos sistemas hermenêuticos e propõe algumas regras de interpretação que, na verdade, são as do próprio François Gèny, da "livre pesquisa do direito". Segundo essa escola, a lei deve ser interpretada rigorosamente. Reconhece, no entanto, que existem lacunas, devendo-se recorrer aos costumes e, por fim, insuficientes estes, à "natureza das coisas".⁴⁹

Sua classificação, entretanto, deixa dúvidas: Coloca Savigny diante da escola do sistema histórico-evolutivo, sendo que para Reale essa escola é posterior à escola Histórica de Savigny, com características de transição, onde aparece, na França, R. Saleilles.⁵⁰ Além disso, ao falar da "Freies Recht", versão alemã extremada do direito livre, cita Stammler (que F. Wieacker coloca dentro da formação neokantiana) e Bittelman, esquecendo-se de consagrados nomes como Ehrlich e Kantorowicz, o seu fundador.⁵¹

Embora siga Carlos Maximiliano quanto à definição de hermenêutica e interpretação, coloca-o imprecisamente diante da escola histórico-evolutiva (na qual situou Savigny), quando o próprio Maximiliano se identifica com o que chama de "sistema de interpretação teleológica", citando, ao lado de Savigny, a figura de Jhering. Por fim, em relação à colocação de Clóvis junto à livre pesquisa de Gèny, não há concordância com A. Silveira.⁵²

Clóvis é anterior a Maximiliano, o qual previa essa metodologia como "o evangelho do futuro". Em relação a essa cronologia, não parece provável que tenha se enganado.

Inovação em termos de modo e estilo, iremos encontrar em Tércio Sampaio

47 Idem, p. 64.

48 *Hermenêutica jurídica*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.

49 Conferir Reale, *Filosofia do direito*, p. 429.

50 Idem, p. 428.

51 L. França, cit., p. 33; conferir Wieacker, cit., p.; 425 e 682.

52 França, cit., p. 33; Silveira, cit., p. 284.

Ferraz Junior, cuja *Introdução ao estudo do direito*, em sua primeira edição de 1988,⁵³ reserva capítulo especial à "dogmática Hermenêutica". Para ele, a norma jurídica contém palavras (aspecto onomasiológico), que devem expressar o sentido daquilo que deve ser, ou seja, a sua significação normativa (aspecto semasiológico). Esses aspectos, porém, sempre coincidem.⁵⁴

Interpretar, para ele, é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva,⁵⁵ ou seja, decodificar conforme regras de uso.⁵⁶

Fiel ao silogismo puro de Hans Kelsen, porém, e procurando uma atitude que permita cair na aporia segundo a qual diz Wittgenstein que o que não pode ser dito deve ser calado, lembra os dois princípios do pensar dogmático: o da inegabilidade dos pontos de partida e o da proibição do *non liquet*. Ou seja, determinam-se regras iniciais e chega-se a uma conclusão. Mas tanto procurando a vontade do legislador como procurando a vontade da lei, haver sempre dois atos doadores de sentido: um que se positiva na norma e outro que procura identificá-lo.⁵⁷ Apenas um deve prevalecer.

Apelando para a analogia com a tradução (segundo Vilem Flusser), chega ao que chama de "uso competente da língua, que quer dizer: a boa tradução repousa no enfoque do tradutor, ao qual se dá um crédito de confiança. Na sua autoridade, que lhe possibilita impor significações como legítimas, isto é, de controlar (neutralizar) certas alternativas para que não sejam consideradas, é que reside o chamado "poder de violência simbólica".⁵⁸ Daí a definição de "dogmática hermenêutica" como sendo a que objetiva a determinação do sentido das normas, seu significado e intenções, em vista da decidibilidade de conflitos,⁵⁹ pois a decisão é mais do que comunicação, é ação comunicativa (no sentido de que não se busca a verdade, mas se faz uma). Para a dogmática da decisão não importa a verdade, escreve o autor, mas sim uma "versão" da verdade.⁶⁰ A legitimidade do direito é uma questão de crença.⁶¹

Com os antigos dogmáticos, talvez se encontrasse a certeza de que havia uma

53 *Introdução ao estudo do direito*, 2. ed. São Paulo : Atlas, 1989.

54 *Idem*, p. 231.

55 *Idem*, p. 235.

56 *Idem*, p. 236.

57 *Idem*, p. 239.

58 *Idem*, p. 248.

59 *Idem*, p. 232.

60 *Idem*, p. 315.

61 *Idem*, p. 321.

vontade do legislador a ser pesquisada. Contemporaneamente, no entanto, o legislador não é aquele que faz a lei, cuja vontade se chegou à conclusão ser impossível conhecer, como o "noumenon" kantiano. Desse ceticismo, então, gerou-se a busca racional de uma vontade do chamado "legislador racional", figura ideal cujos traços demarcados por Santiago Nino, e reproduzidos por Tércio Ferraz, são os de uma figura divina. Não se confundindo com o legislador e nem com a lei, é um terceiro metalingüístico, como diz o jurista ora analisado.⁶²

A visão do direito é, assim, a de um extremo relativismo sofista, onde "o homem é a medida de todas as coisas", no dizer de Protágoras. Onde qualquer coisa é válida porque não existe verdade, mas apenas versões, das quais a mais forte prevalecerá. É o consenso, como disse Maximiliano, de inspiração relativista sofística, através do poder de violência simbólica. O elemento ideológico da comunicação, lembrado pelo próprio autor, contando com meios poderosos de alienação (extinção de opções), é uma roupagem nova do velho absoluto: a da tecnologia lingüística!

Ora, perguntamos drasticamente, mas quem é esse deus criado pela razão? É a própria vontade do intérprete, que, para se impor individual e unilateralmente, apela para essa figura divina de deus criado, crendo na sua autoridade impositora.⁶³ Discutindo as oposições entre fato e norma, que acabam se abraçando confusamente, ou entre norma e moral, que também não se distinguem muito bem, às vezes, a questão ainda não está posta.

A diferença entre o positivismo empírico e o positivismo normativista desaparece nas conseqüências práticas. Por sua vez, esse "oceano dos naufragos", segundo Jhering, que é a diferença entre direito e moral, se resumiria, assim, a mera questão de consciência ou obrigatoriedade.

De tudo, ainda aqui fica faltando a discussão máxima na qual se insere o Direito: a da Justiça.

62 Idem, p. 254.

63 Idem, p. 255, onde traça as propriedades do *legislador racional*: figura singular, permanente, único, consciente, finalista, omnisciente, onnipotente, justo, coerente, omnicompreensivo, econômico, operativo, preciso.

O home é a medida de todas as coisas

(Protágoras)

O sol é tão grande como parece

(Heráclito)

CONCEITO DE AGIR COMUNICATIVO¹

Parece que a movimentação estudantil de 1968 foi um marco no pensamento de Habermas. Embora se afastando desde cedo – e antes desse período histórico – da tradicional Teoria Crítica de Frankfurt, da qual, assinala Flávio Beno Siebeneichler foi um entusiasta, mas em relação à qual sentiu-se, na verdade, um estranho, é já com *Técnica e Ciência como Ideologia* que Habermas coloca mais claramente a proposta de mudança do paradigma marxiano do valor-trabalho, diante do capitalismo maduro, cujo problema de dominação se refere agora à despolitização da população diante da "ideologia tecnológica" (TWI, 72).

Mas é correto afirmar também que desde a *Mudança Estrutural da Esfera Pública* que Habermas se preocupa com a despolitização da opinião pública, quando lança a possibilidade de um conceito de opinião pública que seja historicamente repleto de sentido, suficiente em termos normativos para as exigências da constituição social-democrata, teoricamente claro e empiricamente aplicável, o qual só pode ser ganho a partir da própria mudança estrutural da esfera pública e a partir da dimensão do seu desenvolvimento (SO, 283).

Em *Conhecimento e Interesse*, após tentar uma crítica do cientismo, Habermas acaba admitindo, no *Poscrito de 1973*, que tal crítica se esvaziou, sendo caso de se passar logo para uma Teoria do Agir Comunicativo, conforme pretendia (EI, 298).

Dessa forma, procura situar seu pensamento na era do "pós-moderno", declarando que o paradigma da filosofia da consciência encontra-se esgotado, devendo dissolver-se os sintomas desse esgotamento na transição para o paradigma da compreensão (PDM, 277).

¹ Esse capítulo é um resumo de nossa dissertação denominada *Filosofia do direito em Habermas : a hermenêutica*. Mantivemos as referências à obra do importante autor indicando as iniciais dos títulos originais dos textos, seguidas da página.

Entendendo a história da filosofia moderna como um rompimento com os clássicos a partir do criticismo kantiano, que foi sucedido por Hegel e Marx, os quais ainda fazem parte dessa mesma postura, acabou-se, com o mesmo Hegel, por se iniciar um caminho equivocado da filosofia como ciência universal (EI, 26). Essa crise levou Nietzsche a postar-se contra os modernos, inaugurando uma era "*pós-moderna*", cuja herança é disputada, de certa forma, por Heidegger e seus seguidores de um lado, e pelas diversas correntes que darão sustentação à Teoria do Agir Comunicativo, de outro. Nesse contexto, entretanto, só a Teoria do Agir Comunicativo é realmente "*pós-moderna*". De um lado, Luhmann não passa de uma biologização das teorias dos tempos de Kant e de Hegel, enquanto que Heidegger sequer merece ser citado, segundo Habermas, face a irritação pessoal que seu nome lhe causa. Trata-se, portanto, de uma missão, a de providenciar um novo "iluminismo", que se situa agora como uma Teoria Crítica da sociedade. Habermas se utiliza da Teoria Crítica frankfurtiana assim como se utiliza de outras teorias. Esta, assim como Kant, Hegel, o próprio Marx, Freud e Piaget são seus autores centrais. Cabe ressaltar desde logo, no entanto, que Habermas não tem uma preocupação dogmática em relação a Marx (RhM, 11), cuja leitura só se deu tardiamente e com intenções iluministas.

Não nos preocupa, portanto, a disputa do pensamento de Habermas com o de Luhmann, por exemplo, que ele mesmo não coloca como prioridade. Sua preocupação com Heidegger e que se expressa sobretudo nas críticas à Hermenêutica Filosófica, serão o contraponto necessário para o entendimento de sua visão da sociedade e do Direito.

Dessa maneira, Habermas quer situar a teoria do conhecimento, não mais como busca do desmascaramento de uma mera "*ideologia tecnocrática*", mas erigir uma teoria da sociedade (EI, 46 e s.; cf. 281, nota 117 e 298). A pretensão inicial de identificar os interesses que promovem o conhecimento baseada no fato de que o positivismo desprezou a teoria do conhecimento por uma teoria da ciência, não encontra muito fôlego. Na verdade, o interesse é entendido por Habermas como sendo "*os orientamentos de fundo*" que guiam o conhecimento (EI, 193). E há um interesse legítimo que é o que guia a razão no cumprimento da auto-reflexão (EI, 203).

Fazendo um paralelo entre Marx e Freud, já que este busca na meta-

comunicação os problemas que afligem o paciente vítima do próprio inconsciente, da mesma forma que aquele procedeu em relação às estruturas sociais, é possível dizer que ambos permitem sustentar o *conceito de dominação e ideologia como COMUNICAÇÃO PERTURBADA* (EI, 273), embora isso só fique claro com a psicanálise, enquanto que para Marx isso ainda não foi possível. Na verdade, a crítica inicial a Marx é no sentido de que ele não desenvolveu um pensamento suficiente para prevenir a redução positivista da teoria do conhecimento, justamente ao reduzir o ato de auto-produção do gênero humano ao trabalho, estando impedido de compreender o seu próprio modo de proceder (EI, 46; cf. 66). Ou seja, Marx tinha tudo para caminhar para isso, da mesma forma que Hegel. Da mesma forma que Hegel abandona uma concepção peculiar, a da comunicação, Marx reduz a ação comunicativa à instrumental, sob o título de "*práxis social*" (TWI, 41).

Para Habermas, portanto, *é preciso reconstruir o materialismo histórico*, ou seja, refazê-lo, sendo fiel à sua intenção. No caso, portanto, a teoria da comunicação, esse projeto equivocadamente abandonado no final do pensamento moderno, pode se constituir no próprio materialismo histórico renovado (RhM, 14). As estruturas da intersubjetividade são tão constitutivas para os sistemas de sociedade quanto as estruturas da personalidade, o que leva Habermas a buscar a contribuição da teoria piagetiana do estruturalismo genético (RhM, 14).

De fato, o materialismo histórico, que se vincula às filosofias burguesas da história, projeta uma identidade coletiva compatível com estruturas universalistas do "eu", apenas levadas a uma consequência socialista em face do seu cosmopolitismo (RhM, 30). Essa herança transcendentalista, no entanto, é o que atrapalha o materialismo histórico a chegar às suas próprias consequências. Faz-se necessário o abandono pela teoria crítica da sociedade da conceituação da filosofia da consciência, cujas categorias básicas da tradição filosófica remontam a Kant e Hegel, para, num "giro lingüístico", apropriar-se da hermenêutica e da filosofia analítica (ZLS, 13). Conseqüentemente, há que romper com a teoria do conhecimento, substituindo a questão da origem do conhecimento pela questão da sua validade, ou seja, *abandonar a questão do conhecimento puro, que é impossível, para fundar um MÉTODO* (ZLS, 49). Assim, a verdade já não é correspondência, mas mera questão de vontade. Trata-se da *Teoria da Verdade Consensual* (TP, 29):

verdade é consequência lógica do método, que é sua premissa. Crê Habermas poder fugir, dessa forma, ao fundamentalismo da filosofia.

Em busca de uma teoria da sociedade, que possa diagnosticar psicanaliticamente os males da vida social, Habermas não abandona o modelo marxiano de crítica, mas, ao contrário, ao situá-lo entre os ilustrados, interessado na emancipação, desveste-se da condição de discípulo interessado em manter dogmaticamente os pilares do materialismo histórico. Não se considera um estranho, no entanto: realizar o materialismo histórico é adaptá-lo, como teoria crítica da sociedade, a uma nova realidade que nos oferece o capitalismo tardio. As condições da vida social hoje não são as mesmas dos tempos de Marx e por isso, para tornar possível a sua crítica, é preciso que se renove os termos em que foi proposta (TP, 18 e 116). A essência do pensamento de Marx é mantida, na medida em que ele se revela um iluminista, preocupado com a emancipação do homem e que se dá através da práxis (TP, 115 e 288), que é também a preocupação ainda iluminista de Habermas. Tanto assim que o conceito de verdade política estabelecido por Marx, na tradição do direito natural moderno, segundo a qual a verdade é feita pelo homem, permanece possível diante de uma teoria da comunicação. Segundo Habermas, Marx rejeitaria uma ontologia clássica que pergunta, como Heidegger, a respeito do ser, ou: "*porque o ser e não antes o nada?*", para questionar do seguinte modo: "*porque assim e não de outro modo?*" (TP, 221). Isso significa colocar a teoria marxiana em termos de método (Cf. ZLS, 49), pois a teoria crítica em Marx permite entender a unidade de Teoria e Práxis em termos de verdade como realização da razão (TP, 412). Na verdade, isso não é tão claro assim, pois o próprio Habermas colocava Marx na tradição do direito natural moderno (TP, 221), que se não corresponde a uma ontologia, ao menos não deixa de ser fundamentalista. Esse transcendentalismo que coloca Marx na mesma via de Kant, como o próprio Habermas salienta, não permite uma interpretação singela a respeito do seu conceito de verdade. É certo que já o criticismo kantiano abandonava um conceito de verdade seguro em termos de ontologia, mas pretendia erigir em seu lugar um conceito que se coadunava com a observação fenomênica e pois distante da mera vontade.

Inobstante, os pressupostos fundamentais do materialismo histórico precisam de uma reformulação (TWI, 82). Nessa última fase do capitalismo, a ideologia

substitui antigas formas de dominação, apresentando-se como pretensão de ciência moderna (TWI, 64). Significa que através do argumento técnico, servindo como anteparo à crítica, a ciência atual procura despolitizar a população, com a busca de "*soluções*" técnicas subtraídas à discussão pública (TWI, 71), o que leva a um novo enfoque crítico que não o da economia política (TWI, 70). A reformulação da crítica marxiana se fará, portanto, em termos de teoria da comunicação, procurando-se libertar a comunicação da dominação (TWI, 82).

Esse projeto não é novo: apenas fora abandonado após Hegel ter introduzido o "*agir comunicativo*" como meio em que se realiza o processo de formação do espírito auto-consciente, que, aliás, levou Cassirer a uma interpretação hegelianizante de Kant, captando essa renúncia do ponto de vista de um sujeito do conhecimento "*já pronto*" (TWI, 29-30).

Com isso, Habermas pensa poder liberar o materialismo histórico de seu peso de filosofia da história, realizando-o como teoria da ação comunicativa (TH, 1059).

O movimento estudantil de 1968 e suas reações demonstraram que não há mais o antagonismo de classes, estabelecendo-se uma nova zona de conflitos que é o da opinião pública administrada pelos meios de comunicação, ocultando-se as diferenças entre questões técnicas e práticas, diz Habermas (TWI, 89).

Por isso, ele quer saber como é possível a tradução do saber tecnicamente utilizável para a consciência prática do mundo social da vida (TWI, 96) e descobrir a relação entre técnica e democracia, ou seja, como pode restituir-se a capacidade da disposição técnica ao consenso dos cidadãos que interagem e entre si discutem (TWI, 101). Não aceitando o otimismo da convergência entre técnica e democracia e nem a exclusão da técnica pela democracia (idem), entende que é preciso uma discussão geral e livre de domínio (TWI, 106). Ora, se emancipação no velho estilo iluminista tem a ver com a realização da razão, racionalizar o "*mundo da vida*" é o que importa.

Racionalizar o mundo da vida é, portanto, o emprego da razão comunicativa, para uma discussão geral e livre de domínio (TWI, 106 e EI, 55).

A conversão de uma teoria sociológica meramente compreensiva para uma teoria sociológica da práxis leva à necessidade de uma nova formulação para o paradoxo da racionalização (TH, 704) que é o da sociedade como sistema e ao mesmo tempo como mundo vital. O modelo de racionalização de Max Weber deve

ser reorientado, ao mesmo tempo em que, paralelamente à Hermenêutica e a Filosofia da Linguagem, o Pragmatismo de Pierce, com suas asserções práticas poderá ser útil. Inobstante, o estudo de Pierce interessa a Habermas apenas como esclarecimento dos motivos que o levaram à autonomização do conceito de realidade próprio da lógica da linguagem (TWI, 109), não importando, para isso, que se mova em círculos (EI, 119), e que caia num secreto, porém tenaz positivismo (TWI, 138).

A fundamentação das ciências sociais em termos de teoria da linguagem, no entanto, é abandonada, por ser impossível introduzir uma teoria da ação comunicativa desde uma perspectiva metodológica, mesmo após entender a psicanálise como análise da linguagem (ZLS, 15 e 17).

Volta-se, como se disse, para a reformulação da teoria weberiana da burocracia (TH, 956), após ter também procurado reformular o materialismo histórico, de modo a poder conceber o mundo da vida como palco de possíveis entendimentos puros, isto é, sem dominação, no que se chama de "*situação ideal de fala*".

É assim que vai tomando corpo a ação comunicativa, já delineada em *Técnica e Ciência como Ideologia*, como correspondência à "*interação*" de Hegel e definida já naquela oportunidade como sendo a interação simbolicamente mediada por normas de vigência obrigatória, reconhecidas por pelo menos dois sujeitos agentes e que se reforçam por sanções (TWI, 57).

A razão é a condição de emancipação do homem. *Mas a razão é agora uma razão comunicativa. Não é só uma razão que entende, mas que interfere.* Não é mais um princípio de Direito Natural, que se revela ou é descoberto, mas guarda uma natureza de depuração *ad hoc* dos interesses que comprometem o relacionamento.

A razão comunicativa é, portanto, uma rival do conceito de direito natural.

Os dois volumes que compõem a *Theorie des kommunikativen Handelns* é praticamente uma longa revalidação do que Habermas havia escrito até então. Retorna aos clássicos da sociologia como Weber e Durkheim, faz uma recensão não tão breve dos autores marxistas do Ocidente, cuida de Mead e Parsons e se orienta pelos seus autores preferidos como base do seu pensamento, crendo poder chegar então a um Marx, à sua moda, *pós-moderno*. É a sua prolixidade eclética que se justifica na medida em que a obra pretende ser uma resposta às questões dos grandes teóricos, como assente Flávio B. Siebeneichler e que, no entanto, tem sido o seu estigma.

Mas é uma síntese, de certa forma, do seu pensamento até aquele momento. Representa o mutamento de paradigma da racionalidade para uma racionalidade comunicativa. *A ciência não será mais sociologicamente compreensiva, estudando o que ocorre, mas concorrerá para a formação da realidade como práxis finalmente alcançada.*

A interação em busca da situação ideal de fala, sem coações, será o *telos* da linguagem inspirado pelo apelo socrático ao diálogo, quando haverá, na práxis, uma unidade de interesse e conhecimento, onde a única coação válida será a da melhor argumentação. É certo, contudo, que se trata de uma utopia. A situação ideal de fala serve apenas de parâmetro para o questionamento de quaisquer tentativas fáticas de consenso.

A preocupação com a aplicação é acentuada, levando a questões hermenêuticas, sendo que, na realidade, a passagem da filosofia da consciência para a análise da linguagem, retomando o modelo wittgensteiniano de compreensão como competência para seguir uma regra (TH, 568) tem caráter passageiro. É um primeiro passo (TH, 526).

O modelo de ação comunicativa pressupõe a linguagem como um *medium* de compreensão e entendimento (TH, 170). A visão estruturalista de Habermas revela que para ele a linguagem é a teia em cujas malhas os sujeitos estão presos e das quais necessitam para se formar como sujeitos, sendo que o consenso e o entendimento residem no interior da linguagem, constituindo o seu *telos*.

A interpretação, portanto, constitui o mecanismo de coordenação das ações (TH, 178), sendo que a verdade é mera questão de convenção (TH, 209). O conceito de sociedade será conexo a um conceito de mundo vital, complementar ao de agir

comunicativo (TH, 456) e que pressupõe um grupo social cujo entendimento tem como expressão as normas que regulam o agir.

A violação das regras leva a sanções: se forem regras técnicas, a sanção é o fracasso da ação e, se se tratar de regras morais, as sanções serão atinentes ao fracasso perante a autoridade (TH, 610). Evidentemente, numa sociedade em que a integração social se dá pela sanção (é o caso do direito estatal), essas sanções necessitarão de legitimação (TH, 796). Os meios de controle serão assegurados com instrumentos do direito formal (TH, 961), inobstante as regras morais e jurídicas sejam normas de segundo grau, ou seja, às quais só se deve recorrer em caso de falência dos meios normais de comunicação e coordenação das ações (TH, 777).

Por fim, compete combater a tendência contrária, de *juridicização* do mundo da vida (TH, 1.022; cf. PDM, 331), pois o Estado moderno se justifica com os princípios de direito natural racional, na perspectiva de um ordenamento social não violento (direito privado) (TH, 987).

Para a identificação e explicação da patologia da modernidade, Habermas recorreu a Weber, Mead, Durkheim e ao Estruturalismo Genético, não deixando de seguir o modelo marxiano de crítica (TH, 1.052, 1.082-3), não tendo necessidade alguma de fundação ou justificação transcendental para que correspondam interesse e razão (TH, 1.080).

Procurando libertar o materialismo histórico do seu peso de filosofia da História (TH, 1.059) e assim realizá-lo, Habermas já havia salientado por ocasião da RhM, 149, que só o Estruturalismo Genético de Jean Piaget poderia ser uma ponte para o materialismo histórico.

Entendendo Marx na tradição iluminista que remonta a Kant, crê poder sentir-se não só um marxista, porém mais que isso, um autêntico herdeiro da *Aufklärung*. E com isso, certamente, assumir também as suas contradições.

CONSEQÜÊNCIAS HERMENÊUTICAS

HEIDEGGER

No enfoque da história recente da filosofia, foi dito que Habermas entendeu o *pós-moderno* como um rompimento com a metafísica, ou seja, o *pós-moderno*

como *pós-metafísica*, conforme o projeto niilista de Nietzsche. Dos despojos dessa implosão do pensamento ocidental, restam duas correntes, no seu entender, que disputam o espólio: de um lado, o pensamento de Heidegger e seus seguidores, conservadores ou até integrantes da Escola de Frankfurt, como Herbert Marcuse, explicitamente estudados por Habermas, como é o caso de Derrida, Bataille e Foucault, e de outro lado, a própria Teoria do Agir Comunicativo que Habermas acha, como já se disse, a única via realmente *pós-moderna*, eliminando quaisquer necessidades de fundamentalismo e rompendo de vez com a filosofia do sujeito.

Tendo em vista que a ontologia é tão velha que parece não ser mais problema, entende ele que o que restaria discutir seria a passagem do primeiro Iluminismo para este último. Em derradeira análise, é a Teoria do Agir Comunicativo que realiza o Iluminismo iniciado com a primeira revolução copernicana, constituindo, no *giro lingüístico*, uma nova virada na História do Pensamento.

A disputa se coloca, portanto, segundo nossa leitura, dentro da perspectiva hermenêutica, como já foi registrado pela recentíssima história do pensamento, na dialética existencialismo-estruturalismo, ainda que o termo *existencialismo* venha a significar mais do que possa e Habermas queira se situar num *pós-estruturalismo*. após os estilhaços produzidos por Nietzsche, o anti-humanismo, que segundo Habermas, vai ser continuado em duas variantes, por Heidegger e por Bataille, constitui o *verdadeiro desafio* para o discurso da modernidade (PDM, 80), embora se possa colocar em dúvida se a filosofia do último Heidegger, que ultrapassa a crítica da metafísica de Nietzsche, se subtrai efetivamente ao discurso da modernidade (PDM, 139).

Se é verdade que para entender um escritor é preciso identificar contra quem ele escreve, a contraposição com a filosofia hermenêutica será útil.

Rastreando no pensamento de Habermas o que pensa de Heidegger, vemos que o que não há é indiferença.

Inobstante em *Perfis filosófico-políticos* Habermas recorde uma frase de Hegel, que talvez tenha razão quando diz que os indivíduos de importância histórica universal não podem ser medidos com critérios morais, ali é que faz uma crítica veemente a propósito da *Introdução à Metafísica* de Heidegger (PpP, 58-72). Essa sua filosofia que se origina e desemboca na teologia, segundo Habermas, é, em suma, base e conseqüência do seu tempo, cujo caráter é de aniquilação do homem.

Em *Lógica das Ciências Sociais*, Habermas mencionava os *resíduos de kantismo* que persistem na ontologia existencial de Heidegger (ZLS, 259) e que se posiciona contra o idealismo hermenêutico dos teóricos da compreensão (que partem de Heidegger e de Wittgenstein), e que, com demasiada precipitação, têm a pretensão de objetividade do conhecimento (ZLS, 488).

Em *Teoria e práxis*, por sua vez, entende que a superação *existencialista* do idealismo está preparada por Schelling, passando por Kierkegaard e Rosenkranz, consumando-se com Heidegger (TP, 203) e que a interpretação de Marx por Landgrabe, na perspectiva histórico-ontológica do Heidegger da maturidade certamente prejulga com ele que *a verdade só pode representar-se na forma de uma contemplação do sagrado, no produzir-se em uma práxis guiada pela mística.*, embora Marx nunca tenha perguntado pela essência, mas apenas pelo porquê (TP, 221-222), ao passo que as doutrinas ontológicas são colocadas por Habermas entre as pertencentes ao dogmatismo (TP, 298, nota 16).

Por outro lado, se Marx é concebido como um ontólogo, como o é por Jacob Hommes, a ontologia fundamental de Heidegger seria sua continuação (TP, 371-372), o que leva a sensíveis distorções (TP, 376).

Para Habermas, outrossim, Heidegger sustenta a legitimidade da dominação, participando tipicamente da geração de mandarins alemães, quando o ser *concede* ao bem-aventurado a ascensão à graça e à ira, um concurso para a desgraça (PDM, 133 e 136-139).

Mas, *o que irrita é unicamente a má vontade e a incapacidade do filósofo de, após o fim do regime nacional-socialista, reconhecer o seu erro, politicamente com conseqüências tão graves, com uma única frase que fosse* (PDM, 151). Essa irritação, diz Habermas, vem dos tempos de estudante (NR, 25).

No mesmo instante, porém, Habermas cita um manuscrito de Heidegger se desculpando, ainda que *colocando a culpa nas próprias vítimas*, e dizendo que não era tão sábio para saber, em 1933, o que viria a acontecer (idem).

Insistindo, porém, Habermas: *A mim interessa-me saber de que modo o fascismo interveio no próprio desenvolvimento da teoria heideggeriana*, quando o indivíduo que caminha para a morte é substituído pelo povo que caminha para o seu destino (PDM, 152-153).

Começando o existencialismo no pensamento cristão (Kierkegaard), Habermas

diz que acaba se transformando à luz do novo paganismo que passava, citando uma reação de Heidegger a uma autorização de uma associação estudantil católica: *ainda não se conhece a tática do catolicismo. E um dia ir-se-á pagar caro.* (PDM, 152, nota n. 34).

Mas apesar do contexto fascista de sua tarda filosofia, Heidegger exerceu influências em Habermas, como ele próprio admitiu. Na entrevista a B. Freitag, disse: "*O pensamento de Heidegger só foi contaminado em sua substância nos anos 30, período em que foi arrastado pelo redemoinho dos diagnósticos neoconservadores de seu tempo. Considerando-se o peso e o potencial inovador inacreditáveis de "Sein und Zeit", não é de admirar que estudantes como Hannah Arendt e Herbert Marcuse, e mesmo um intelectual tão a-político como o era Sartre naquela ocasião, isto é, antes de 1933, necessariamente se sentissem atraídos por esse pensamento. (Entre parênteses, até eu fui, como jovem estudante do pós-guerra, temporariamente heideggeriano, até ler, em 1953 a Introdução à Metafísica.*"

Sem separar o homem do filósofo, como aconselhava Hegel, Habermas sabe, entretanto, que não se escapará das tentativas de retorno à metafísica, que é a preocupação de seu livro *Pensamento pós-metafísico*.

O que precisa ficar claro é que a metafísica, ou a ontologia, não pode pagar pelas suas irritações.

GADAMER

A coletânea de textos de Habermas sobre a Hermenêutica de Gadamer, publicada no Brasil, tomou o título de *Dialética e Hermenêutica, para a crítica da Hermenêutica de Gadamer*,² e contém alguns textos publicados em volumes já mencionados. Traduz, evidentemente, a conhecida polêmica que foi travada no decorrer dos anos entre os dois autores, acerca da hermenêutica. De um lado, Gadamer, como seguidor da linha da Hermenêutica Filosófica, a partir da Ontologia heideggeriana, e de outro Habermas, que como se sabe, quer afastar essa pretensão de "*universalidade*" da hermenêutica, como é do entendimento do autor de *Verdade e método*.

2 *Dialética e hermenêutica, para a crítica da Hermenêutica de Gadamer*, trad. Álvaro L. M. Valls, Porto Alegre : L & PM, 1987.

Apesar dos antecedentes, há quem diga que se trata de uma discussão hegeliana de um objeto hegeliano.

As decorrências hermenêuticas da filosofia habermasiana são mais importantes para o entendimento do Direito do que, por exemplo, sua observação de Luhmann, que teria mais reflexos talvez em relação à filosofia política e através dela sobre o Direito.

No estudo da hermenêutica, partimos direto para dois pontos essenciais: a natureza do direito e sua aplicação. É essa qualidade voltada para a prática, aliás, que fez com que Habermas se aproximasse do Direito e da Hermenêutica. Uma teoria sobre a sociedade, sobretudo colocada em termos "*comunicativos*", acaba esbarrando no conceito de Direito e no problema da aplicação. Os filósofos que se preocupam com a práxis, acabam necessariamente se preocupando com o Direito, que é a colocação em prática das teorias político-filosóficas, e acabam se deparando, no fim das contas, com o problema hermenêutico.

Habermas não concordou com que se dissesse que a Hermenêutica é universal, ou seja, que tudo passa pela compreensão, ou, como no entender de Gianni Vattimo, que todo filósofo (diríamos, todo homem) é um hermeneuta.³

Na verdade, aceitar a universalidade da hermenêutica é aceitar a metafísica, ou seja, de que o ser não depende de um "*dever ser*", que por sua vez é questão da vontade, isto é, *interesse*. A hermenêutica "ontologizada" é a contemplação do que é, e não interessa a quem pretende destruir uma ciência compreensiva para substituí-la por uma ciência reconstrutiva. É a "*dialética*" contra a hermenêutica!

No fim de tudo, entretanto, vai se ver que essa radicalização não é o melhor ponto. Paul Ricouer, por exemplo, no seu *Interpretação e ideologias*,⁴ entende possível o aproveitamento de ambos os pontos de vista.

Nos últimos trabalhos de Habermas, a preocupação com o tema da hermenêutica em si já não teve espaço como quando do auge da polêmica, que se dá sobretudo com "*A pretensão de universalidade da hermenêutica*", mas sua preocupação com o assunto é demonstrada, desde logo, a fim de aparelhar sua teoria comunicacional. Em ZLS, por exemplo, já assinala (na 13), que não se limitava a prosseguir a crítica de Adorno, voltando-se para a hermenêutica e para a Filosofia Analítica, embora já assinalasse também que se voltava contra o idealismo hermenêutico da sociologia

3 Conferir G. Vattimo, cit.

4 Cit.

compreensiva (ZLS, 14). O que significa isso? Significa que *Habermas não acredita no conhecimento verdadeiro, senão no conhecimento válido*. Ao invés de se perguntar pelo conhecimento puro, deve-se perguntar apenas pela validade do conhecimento. Isso é erigir o conhecimento a um método, ou seja, uma ação mediante princípios procedimentais (ZLS, 49). É útil, segundo lhe parece, a soma da hermenêutica com a analítica da filosofia da linguagem (ZLS, 102 e 179).

Para uma "*teoria consensual da verdade*", para evitar que o "*interesse*" que não interessa condicione a busca pelo conhecimento (TP, 20), estabelece-se uma "*verdade lógica*", pura, isenta de fins, ou seja, livre do interesse que, na origem, guia a aplicação. Gadamer disse, por sua vez, que o método contém em si a verdade que pretende descobrir. O método estabelecido por Habermas visa isso mesmo: antepor o interesse e com isto determinar a verdade. É a verdade lógica ou formal, vale dizer, a validade processual da decisão, como consequência silogística. É assim que se cumpre segundo TP, 412, a crítica como "*método*", pois a unidade de teoria e práxis significa verdade como realização da razão. Uma razão comunicativa, evidentemente, que tem que levar em conta os signos (normas processuais) previamente estabelecidos.

Essa posição de processo para a hermenêutica, parte inclusive de Pierce, para o qual a metodologia deve esclarecer a lógica do procedimento com a qual obtemos teorias científicas que se baseiam em informações sobre as quais se pode obter um consenso sem constrição e durável (EI, 91).

Segundo anota Habermas, Pierce antecipa Cassirer e sua filosofia das formas simbólicas, quando diz que o homem cria a palavra, que significa o que ele quer (EI, 98). A essa filosofia, Habermas designou então de "positivismo" (EI, 138).

Esse objetivismo atingiu também Dilthey (EI, 151 e 179), mas ao contrário dele, no qual a hermenêutica está minada por interventos externos, em Freud a psicanálise procura conexões simbólicas que são perturbadas por interventos internos, tendo as mutilações um sentido como tal (EI, 212). Contrapõe Freud, a "*hermenêutica do profundo*", à Hermenêutica filológica de Dilthey (EI, 213). Para Freud, o homem deixa de ser animal quando transforma o comportamento instintivo em agir comunicativo (família), o que se compara à economia de Marx, segundo a qual isso ocorre com o fabrico de instrumentos (EI, 273). Um conceito de "*Aufklärung*" é *aumentar o poder de organizar a vida* (EI, 275), pois na auto-

reflexão, conhecimento e interesse coincidem (EI, 280, TWI, 144).

Criticando a "*pretensão de universalidade da Hermenêutica*", Habermas diz que a consciência hermenêutica será incompleta enquanto não assumir em si a reflexão sobre os limites da compreensão hermenêutica.

Habermas concorda com Gadamer que evitar o mal-entendido é fazer um "*acordo fundamental*", mas não concorda a respeito do "*como*" deve ser determinado esse consenso prévio. A pseudo-comunicação detectada pela psicanálise escapa à hermenêutica sem ferir a auto-compreensão desta (42), razão para que se assuma criticamente sobre si mesma o saber meta-hermenêutico sobre as possibilidades da comunicação sistematicamente distorcida. Depreende-se que Habermas acata a hermenêutica como "*método*", mas não como ontologia, repetindo o criticismo (62; cf. ZLS, 252).

Afinal, o iluminismo sabia o que a hermenêutica não sabe, diz ele: que o "*diálogo*", que segundo Gadamer nós "*somos*", também é um contexto de violência e não é, portanto, nenhum diálogo (62).

Susan J. Hekman analisou a polêmica do ponto de vista gadameriano.⁵

Segundo escreve, Habermas está preocupado em pôr em causa, na verdade, a avaliação gadameriana sobre o pensamento iluminista,⁶ colocando que a Hermenêutica de Gadamer impede a crítica, o que Gadamer nega dizendo que a tarefa principal da Hermenêutica é a separação dos preconceitos verdadeiros e falsos,⁷ sendo que a historicidade, para Habermas impede a compreensão, quando para Gadamer é o que torna possível a compreensão, mesmo porque, o teórico social não é como o psicanalista, que vê de fora.⁸ Na verdade, Habermas entende que o preconceito é sempre pejorativo, enquanto que para Gadamer, há preconceitos que se confirmam e são, portanto, já na altura de compreensão, verdadeiros. Passam à categoria de "*conceitos*".

A incompreensão de Habermas, segundo Gadamer, se dá porque ele vê a hermenêutica apenas como "*método útil*" para as ciências sociais, o que é um equívoco, pois a hermenêutica não pode ser um método. Afinal, a linguagem não é limite do mundo, como estabeleceu Wittgenstein. A discordância de Habermas é

5 Susan J. Hekman, in *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*, trad. Luís Manoel Bernardo, Lisboa : Edições 70, 1990.

6 Idem, p. 189 e 190.

7 Idem, p. 194.

8 Idem, p. 195.

comparável à referência exegética na aplicação do Direito, que busca tão somente um método de explicitação, porém sem jamais permitir uma realidade ontológica a partir da aplicação. Isso se revelará mais tarde, em FG, quando tratar da questão da aplicação do direito.

É um erro pensar, no entanto, que ambas as visões se excluem. Bubner e Ricouer, por exemplo, procuram a conciliação dos termos. Afinal, segundo Stein, a crítica é possível e necessária, sendo que ambas mais se aproximam do que se distinguem.

Uma citação de Susan J. Hekman recorda que Ricouer, em *Hermenêutica e as ciências humanas* (63–70), disse que a abordagem da tradição para ambos, Habermas e Gadamer, é irreconciliável.

Inobstante, em *Interpretações e ideologias*, Ricouer faz uma tentativa de aproximá-los.

Para Ricouer, *a Hermenêutica se coloca como a "crítica da crítica"*,⁹ pois na classificação de Mannheim, as ideologias se voltam para o passado, enquanto que as utopias se voltam para o futuro e portanto só a História poderá dizer se a utopia era o que pretendia ser. E como crítica também é tradição, é preciso que se estabeleça a Hermenêutica como crítica da crítica (separar a crítica falsa da verdadeira como se separa a própria tradição), fundando-se uma hermenêutica crítica.¹⁰

Ernildo Stein conclui dizendo que *"a crítica das ideologias só poderá, portanto, exercer sua função positiva, quando se inserir no horizonte mais amplo de um acordo social; quando aceitar, numa certa medida, a validade da tradição e da autoridade como fontes possíveis de mais liberdade e mais verdade"*.¹¹

No mesmo sentido é a conclusão de Ricouer, para o qual a reflexão filosófica deve resguardar de oposições enganadoras o interesse pela emancipação das heranças culturais recebidas do passado e o interesse pelas projeções futuras de uma humanidade libertada. Porquanto, *"se esses interesses se separarem radicalmente, a hermenêutica e a crítica ficarão reduzidas a meras... ideologias!"*.¹²

Para Ricouer, portanto, a filosofia de Habermas é também uma ideologia, na medida em que ele rejeita a intenção de Gadamer de reabilitação do preconceito e

9 Idem, p. 118.

10 Idem, p. 131.

11 Cit.

12 Cit.

reinstaura a pretensão de verdade da filosofia.¹³

Por outro lado, embora reconhecendo-lhe os méritos, Habermas critica Gadamer duramente (ZLS, 252 e s.), por absolutizar a hermenêutica como "*conservantismo de um Burke*" (ZLS, 254), e entende que a Filosofia Hermenêutica é ingênua, passando ao largo da realidade, admitindo uma comunicação não distorcida, o que é impossível (ZLS, 492).

Gadamer não entende que autoridade e conhecimento não convergem, diz Habermas (ZLS, 255), assumindo um conceito adialético de ilustração, que levou os alemães ao perigoso complexo de superioridade que os separou da tradição ocidental (idem). Aqui, no entanto, percebe-se que Habermas não distingue a dogmatização do passado como falso e que nada tem a ver com "*historicidade*", mas talvez faça parte de um certo "*historicismo*".¹⁴ Este seria um apego extremo ao passado (de glória), enquanto aquele é a própria temporalidade do momento da realização.

Habermas, no entanto, faz questão de ser contundente. Apoiando-se no entendimento de que a Ontologia distorce, exclama: é "*religião para o povo e metafísica para os cultos!*" (ND, 266).

Os resíduos de kantismo, diz Habermas, que persistem na ontologia existencial de Heidegger impedem Gadamer, que procede do neokantismo de Marburgo, de perceber as conseqüências de suas análises (ZLS, 259). Concluimos que, para Habermas, ora pertencer à tradição que remonta a Kant é pecado, ora não é.

Afinal, as conseqüências hermenêuticas do pensamento de Habermas são o esvaziamento da compreensão, em face do procedimento reconstrutivo. Uma "*meta-comunicação*", explicitada por uma crítica em moldes de psicanálise pode ser uma "*hermenêutica do profundo*", que faz aflorar o interesse e assim "*purificar*" o conhecimento. A tradição é a institucionalização dos interesses do poder, que se perpetua de geração para geração, e que não admite o conhecimento desinteressado. Mas, de outra maneira, o próprio Habermas condena essa tentativa "*ingênua*" da Hermenêutica de buscar o que é, próprio da metafísica e da ontologia. Erige uma crítica apaixonada em vista das "*conseqüências*" histórico-políticas do pensamento de Gadamer, que associa ao de Heidegger, não admitindo, outrossim, a crítica dessa sua crítica. Não quer ficar com a última palavra, mas espera que a

13 Cit.

14 Conferir Giorgio Del Vecchio, *Lições...*, p. 577-579.

última palavra, inobstante pregue o diálogo, não passe da explicitação de uma estrutura invisível que chegue ao seu fim já predito no próprio início. Ainda no método, a causa determina o fim. E quando se fala de começo e fim, de causa primeira e destino escatologicamente posto, demonstra-se um certo fundamentalismo, uma metafísica "*meta-comunicativamente*" colocada. Talvez se trate de uma metafísica que seja o espelho da única que entende: uma filosofia que se auto-demite por incapaz de atender aos seus pressupostos. E prefere uma função mais fácil, embora menos digna.

O DIREITO

CRÍTICA DO DIREITO

Habermas se coloca entre aqueles que se dedicam ao desenvolvimento do direito e da moral (RhM, 193), pois entende ainda que o Direito deve ser recuperado para a filosofia, como procura fazer O. Höffe, pois desde Hegel que o direito está marginalizado como filosofia, na periferia das faculdades de direito (NR, 76 e 76 e FG, 9).

Entretanto, Habermas não se coloca contra o Direito como o fez Marx, vendo ali um instrumento de mera opressão. Pretende uma recuperação do Direito!

E porque haveria de querer uma "*recuperação*" do Direito?

A crítica filosófica de Habermas parte da "*mudança estrutural da esfera pública*", analisando o período do direito burguês, que foi um direito positivo. Para ele, o auge do cinismo da consciência burguesa foi justamente com o positivismo jurídico (RhM, 12), sendo que o Direito, por isso mesmo, teve uma importância filosófica na sociedade civil burguesa (Cf. SO, 91 a 109) que transcendeu a simples epistemologia.

O Direito Privado trouxe regras contra a dominação, que acabaram dominadoras (SO, 109), comprometendo a liberdade que quer tutelar (TH, 1031), reduzindo ao conceito de uma legitimação mediante procedimentos que justifica, por outro lado, o próprio poder legitimante do Estado (TH, 1035).

Essa mania de positivação, isto é, de tornar escrito o direito, como "*racionalização*", não acabou. Ao contrário, percebe-se nitidamente o crescimento

dessa tendência, quando o Estado social-democrata de Direito, como continuação do Estado liberal, e passando pelo conceito de "*Direito Social*" (proteção do mais fraco, segundo os liberais, que nem o marxismo previu), quer "*realizar*" a "*justiça*" com a intervenção social do Estado (SO, 177 e 261).

No sentido ainda da ideologia como tarefa técnica (TWI, 75), tem-se hoje como antes uma tendência à "*juridicização*" (TH, 1022), ou seja, à proliferação do direito escrito (TH, 1024), cuja conseqüência é uma administração pública técnica, com a necessidade cada vez maior de funcionários com preparação jurídica, ou seja, é a "*profissionalização*" do Direito, para a dominação burocrática dos Estados Modernos, no dizer de Weber (TWI, 107).

Habermas faz essa crítica do Direito Moderno, quando já entendia que o Direito Clássico também se apresentava como ideologia. A ontologia que o Direito Clássico supunha, contrariando suas intenções declaradas, pode ser usada para fins de exploração e opressão (RhM, 52), o que, de certa forma, o direito racional moderno não resolve, pois também no Estado Moderno, poder é o poder de julgar. Não se julga mais em represália ou para reconstituição do "*status quo ante*", mas julga-se antes de tudo "*um culpado*" (RhM, 142).

O Direito e a Burocracia, no entanto, perderam a inocência (NR, 11), fazendo-se necessária a sua denúncia. O fenômeno, segundo Habermas, que carece verdadeiramente de explicação é a expansão do direito nas democracias na base do Estado-Providência do Ocidente e que consiste em serem precisamente *os próprios meios jurídicos garantes da liberdade que põem em perigo os seus supostos beneficiários* (PDM, 272, na crítica a Foucault).

Sua crítica começa com um bom diagnóstico: as leis, como garantia da liberdade, oprimem. Será que a sua conclusão é conseqüente?

O CONCEITO DE DIREITO

Após o estudo da obra e entendendo a *Teoria do Agir Comunicativo* como uma Teoria Crítica da Sociedade que não se contenta em ser compreensiva, senão reconstrutiva, na esteira da reconstrução dialética proposta por Habermas, cujas implicações hermenêuticas deixam entrever a sua rejeição da metafísica e de toda ontologia, discutimos o seu diagnóstico da prática revolucionária através do direito posto: desde Hobbes é que o Direito Penal representa um poder legitimado

jusnaturalisticamente para a organização da ameaça e utilização da violência para a proteção da sociedade civil (TP, 68 e 69), entendendo-se o direito natural moderno como a realização da filosofia. Nesse sentido, aliás, é que o professor de filosofia é chamado por Kant de *Rechtslehrer* (NR, 57), ou seja, "professor livre de direito" (TP, 232). Para Fichte, as ciências jurídicas se apresentam como arte prática de aplicação da vida (TP, 336). Significa que o apelo revolucionário ao jusnaturalismo moderno levou a um conceito de direito natural racional que possibilitou a idéia de revolução como transformação em direito estatal positivo (TP, 88). Essa conveniência que rege o Direito pós-revolução na recordação de Paine (Cf. TP, 100) foi a tônica da crítica ao Direito Natural Liberal feita por Marx. Habermas também concorda com Marx.

É preciso, ainda que não o diga explicitamente, estabelecer um novo conceito de Direito.

E se o conceito de Direito se coaduna com a Razão, conforme Max Weber (TWI, 45), no caso, evidentemente, será um Direito que se coadune com a Razão Comunicativa. Sua compreensão se fez necessária, inclusive no contraste com a Filosofia Hermenêutica, que é a sua antítese ontológica, na mesma proporção em que o Direito Natural Clássico o será do Direito no sistema habermasiano. Na verdade, inobstante a crítica de Habermas a respeito do Direito Moderno, que com Marcuse entende essa *racionalização* de certa forma como ideologia (TWI, 46), sua preocupação não é de destruição e sim de *reconstrução* desse Direito do Humanismo, para se usar as suas próprias palavras emprestadas não explicitamente da crítica do Direito, mas da demonstração de preocupação em relação ao Materialismo Histórico (RhM, 11). Evidentemente, se ele coloca, como se disse, o Materialismo Histórico na tradição do liberalismo (TP, 115) e contra isso não pretende senão uma desconstrução e reconstrução no lugar de uma destruição, é certo que o direito moderno também precisa apenas de uma adaptação. Nesse sentido, aliás, não há que se falar em dialética, mas em compreensão de uma tradição. A dialética possível já foi feita fundacionalmente na virada do Esclarecimento.

O capítulo III de *Faktizität und Geltung...*, obra de coroamento do pensamento habermasiano sobre o Direito, com efeito, se denomina *Para a reconstrução do direito* (FG, 109 e s.).

É aqui que Habermas acaba pondo as cartas na mesa com tal conseqüência.

Partindo da tese de que o Direito tem uma função instrumental de integração (FG, 429), Habermas estabelece uma relação de Fato–Norma, procurando não desprezar o elemento Valor, que completa uma *tridimensionalidade* do Direito nos termos sintetizados por Miguel Reale, mas o entende embutido no momento político do nascimento da Norma.

Ele entende que a Teoria do Agir Comunicativo muda a razão prática para a razão comunicativa (FG, 17), de modo que realiza o esclarecimento do que os atores devem fazer (*sollen, dever-ser*), coadunando-se com o Direito (FG, 18).

A grande questão, que parece resumir toda a sua tentativa de estabelecer uma teoria está, portanto, num aspecto bastante discutido na história da filosofia do direito: *Legitimidade como legalidade é possível?* é a pergunta-título da *primeira lição* do estudo denominado *Direito e Moral* e que vem como apêndice no volume de *Faktizität und Geltung...* (FG, 541 e s.).

Permitimo-nos traduzir, portanto, *Faktizität* e *Geltung* por *eficácia* e *vigência*, respectivamente. (Não temos a pretensão de fazer uma tradução mas necessitamos, para fins do presente estudo, de transcrever para o português, na falta de tradução oficial, os termos usados no original alemão e que se esclarecerão daqui para a frente.) de cuja *tensão* Habermas se ocupará na última obra.

Na verdade, Habermas parte da antecipação de que no campo da fundamentação, normatividade e racionalidade se cruzam (FG, 19), e a Teoria do Agir Comunicativo não contempla uma *tensão* entre fato e norma, ou, *eficácia* e *vigência*. Essa tensão seria, portanto, apenas aparente, como quer demonstrar.

A questão da relação *eficácia-vigência* supõe uma outra questão que é a da aceitação da norma. Por isso, está implícito aí a discussão acerca da relação *autonomia particular* (direito subjetivo) e *autonomia pública* (direito objetivo) (FG, 24). Ou seja, trata-se da questão kantiana da obediência à lei, pois *as leis eu as dou a mim mesmo quando todos as dão para cada um e restrinjo, assim, a minha liberdade*.

Para Habermas, tem razão Pierce, para o qual a verdade se conceitua como *aceitação racional* e, portanto, relaciona, segundo o seu estudo, *eficácia* e *vigência*.

Na verdade, porém, o Direito como instrumento, é útil, porque dá uma força à norma: a *eficácia* da validade, isto é, da *vigência*, se efetiva pela expectativa (ameaça) da sanção (FG, 36), fundindo-se na Teoria do Agir Comunicativo, *eficácia* e *vigência*

(FG, 39; cf. 22 e 52), já que a força da efetividade é a fusão de eficácia e vigência (FG, 40), como se dá na religião e no direito (FG, 42).

Dessa forma, a norma é a simultânea efetividade pela coerção e realização da legitimação da validade: autoridade pela eficácia e vigência (FG, 44-45), tornando-se, portanto, a positivação do Direito uma garantia (FG, 46).

É a *legalidade* que, confundindo-se com *legitimidade*, assegura a liberdade (FG, 51). Por isso, completamos, volta-se a Kant e a fundamentação da obediência a limitações que eu mesmo me dou, quando todos impõem normas a cada um.

Assim, a Teoria do Agir Comunicativo hipoteca a integração interna entre eficácia e vigência (FG, 52; cf. 22 e 39), tendo o Direito a função de integração social (FG, 67 e 111; cf. ND, 102), nos termos propostos por Parsons (FG, 99) e por Weber (FG, 90), embora, é verdade, Habermas entenda que haja necessidade de uma *reconstrução* do Direito, como já se disse (FG, 89 e 105), de modo que se conforme à Teoria do Agir Comunicativo, ou seja, se defina como um sistema de ação para assegurar o ordenamento legítimo como componente social do *mundo da vida* (FG, 108).

Ou seja, cultura e estrutura pessoal devem ser reproduzidas através da Teoria do Agir Comunicativo, sendo que a integração social se aloja no Direito como comunicação: estabelece uma ligação entre sistema e mundo da vida (*idem*).

Para Habermas, no entanto, há um paradoxo na origem de legitimidade e legalidade (FG, 110), pois há uma ambivalência da vigência jurídica (FG, 109), sendo que a *função precípua do Direito na sociedade moderna é a esperança de estabilidade*, o que mostra uma relação interna com a força social integrativa da ação comunicativa (FG, 111) e se conclui pela presunção mútua de autonomias pública e privada, ou seja, entre direitos humanos e soberania popular.

Habermas analisa o problema da liberdade em Kant (FG, 110; cf. 112 e 151) e refere-se a Savigny, Puchta, Ihering e Kelsen (FG, 113), concluindo que *Savigny e Kelsen se identificam, uma vez que o dever-ser é deontologia como vontade do Estado* (FG, 114).

Essa referência é muito importante para se entender Habermas, pois Savigny, como é sabido, partiu do ponto de vista oposto ao do qual Kelsen depois iria ver o fenômeno jurídico e, no entanto, acabam se tocando.

A Escola Histórica de Savigny e Puchta nasceu de uma inspiração sociológica,

privilegiando o fato, isto é, a realidade social como *espírito do povo*, e acabando por querer assegurar-lhe fidelidade através do direito posto. O normativismo parte do oposto, mas ambos se sintetizam na obediência da norma.

Para Habermas, essa referência é importante, assim como a referência aventureira de Rousseau, que também admitiu a fusão do direito subjetivo com o direito objetivo (FG, 123), com os quais se identifica e dos quais não vê realmente constrangimento nenhum em tentar ser como que uma síntese.

Sua ementa poderia ser: *legitimidade acaba em legalidade, ou seja, o método é escolhido em detrimento da verdade* (fazemos referência a Gadamer.). O processo democrático da legalidade é fonte de legitimidade (FG, 117) e *o processo deve ser o parâmetro do Direito*.

Conclui, assim, que o Direito não é só um sistema simbólico, mas de ação (FG, 137) e que a vigência significa um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública (FG, 151; cf. 112 e 163).

O Direito é a disposição de legislar e como autonomias privada e pública, a tensão entre eficácia e vigência se refere à tensão entre positividade e legitimidade (FG, 163; cf. 151) e já que o direito objetivo usa a liberdade comunicativa na forma que o direito subjetivo deve se institucionalizar para ter fundamento político, desfaz-se o paradoxo da origem de legitimidade e legalidade (FG, 157), concluindo-se que *legitimidade é sinônimo de positividade ou legalidade* (FG, 188).

Dessa forma, para Habermas, "Constitucionalismo" é a relação entre liberdade e administração estatal, entre autonomia privada e autonomia pública (FG, 169; cf. 112 e 151).

Por outro lado, a própria filosofia de Habermas é epistemologia. Sua preocupação máxima é a abertura do casulo da técnica para que as questões científicas sejam jogadas à discussão pública e assim fiquem depuradas de quaisquer condições de interesse que não o interesse emancipativo. É só nesse interesse que a Razão encontra identidade, porque a razão é sempre comunicativa e está, pela sua própria "essência" (ainda que esse termo não seja próprio para o discurso de Habermas) se realizando sempre no consenso isento de coações que não a coação da boa argumentação.

Já em *Conhecimento e interesse*, Habermas acenava com a idéia de que o *Direito* é *INSTRUMENTO* da convivência (EI, 158), apresentando-se como instituição especializada na intersubjetividade (RhM, 14).

A Moral e o Direito são momentos da racionalização do mundo vital (TH, 24), quando a ciência política liberta do Direito Natural Racional (TH, 56), permite uma sociedade constituída politicamente integrando-se mediante normas jurídicas (idem). Isso significa um agir regulado por normas, as quais exprimem um entendimento existente em um grupo social (TH, 156). Lei é, portanto, sinônimo de signo comunicativo.

Diante da História do Direito, percebe-se que o Direito Arcaico era o Penal (Durkheim) (TH, 649), sendo que a comunidade evolui de religiosa para a comunidade de comunicação sob vínculos de cooperação (TH, 668), quando o interesse geral veio a substituir o sacro (TH, 668), que ditava o interesse de punir no início religioso do Direito.

A função do Direito, no entanto, não é a de *justiça*, ao menos no seu sentido de *Justiça Distributiva* (MK, 149), pois a Razão Comunicativa não requer esse conceito. O Direito *desetizado* e coativo impõe-se como controle e guia do agir social mediante meios (TH, 786). Para o entender-se, na sociedade estatalmente organizada, há necessidade de legitimação, para que o poder político tenha a força de INTEGRAÇÃO SOCIAL pela sanção. Isso também deve se dar com o ordenamento jurídico, que é composto de leis que precisam ser legitimadas, isto é, reconhecidas pelos cidadãos (TH, 796).

Os meios de controle da interação lingüística, essenciais para a integração social, devem ser assegurados no mundo da vida, com os instrumentos de direito formal (TH, 961). O *medium* direito é entrelaçado com o Direito como instituição (TH, 1035). Habermas entende que instituição, nesse sentido, são as normas jurídicas que não podem ser suficientemente legitimadas mediante o reclamo positivista a procedimentos (idem).

O Direito Constitucional, o Direito Penal e o Direito Processual Penal precisam de uma justificação material, pois pertencem aos ordenamentos legítimos do mundo vital e às normas informais de ação. São, na verdade, o fundo do agir comunicativo (idem).

Os distúrbios ocorrem quando a estrutura da *juridicização* exige controle

administrativo e judiciário que não só completam mediante instituições jurídicas os nexos socialmente integrados, mas os adaptam ao *medium* direito (TH, 1041).

No lugar do direito como meio, deve subentrar, no entanto, os procedimentos de regularização do conflito, adequados à estrutura do agir orientado ao entender-se (processos de formação discursiva da vontade e procedimentos de debate e decisões orientadas ao consenso (TH, 1043 e 1045). Há resistências a isso, mas as *normas jurídicas, assim como as morais, são normas de segundo grau, às quais se deve recorrer em caso de falência dos meios de comunicação e coordenação da ação, com a alternativa do conflito violento* (TH, 777).

Na realidade, essas normas apresentam pretensão de validade, que se medem pela sua imparcialidade, ou seja, sua capacidade de representar um interesse geral, a todos os concernidos (BH, 81 e 86), a fim de que atenda aos princípios da *Ética do Discurso* (Cf. (BH, 126 e 149) e cumpra o seu papel, no desfazimento da *tensão* entre eficácia e vigência (FG).

Sendo o mundo da vida não uma associação, mas a prática comunicativa cotidiana, que se nutre da cooperação de reprodução cultural, integração social e socialização (ND, 102), *o Direito se ocupa da INTEGRAÇÃO SOCIAL*, enquanto que a escola se ocupa da reprodução cultural e a família da função de socialização, cujas operações se dão em conjunto (ND, 102; cf. PDM, 279 e 315, FG, 429).

Assim pensando, Habermas ainda se situa dentro da tradição liberal do *direito mínimo*, ou seja, do mal na medida de sua necessidade. O Direito é um instrumento, ainda que um dos três essenciais à conservação do mundo da vida. O Direito e a Moral não deixam de ser úteis à regulamentação consensual de conflitos de ação e portanto à conservação (RhM, 31).

Esse conceito de Direito é coerente com o conceito de Verdade e de Justiça que lhes empresta Habermas: verdadeiro é o que está conforme o combinado. Justiça é questão de validade! Nesse sentido, inclusive, é o que se lê numa de suas respostas em uma entrevista concedida a Hviid Nielsen e publicada no volume *Revolução em Curso* (NR, 122).

Professando a fé numa Verdade ontologicamente definida, a Hermenêutica Filosófica, evidentemente, se assusta ao se ver posta diante da bifurcação: *Verdade ou Método?* Para essa definição de *justiça* dada por Habermas, entretanto, basta um método.

Numa discussão com Rudolf Wiethölter, publicada em NR, 56 e s., Habermas enfrenta o problema da atual crise do Direito. A questão inicial é a seguinte: em que sentido devemos entender a tese de uma crise do direito e em que sentido devemos entender a tese da posição socialmente central do direito? (NR, 59). Começa respondendo que *os juristas, como dogmáticos adestrados, percebem o direito da perspectiva do juiz e olham a crise do direito como uma crise na administração da justiça: é ainda a indeterminação das decisões judiciais o que preocupa* (idem). Entretanto, o problema está não no plano da metodologia e da dogmática jurídica, mas no de uma compreensão de fundo teórico-social, que dá ao direito o seu posto preciso, ou seja, no quadro de um projeto dinâmico, tornado reflexivo, de estado de direito (NR, 61). Por isso, só o contexto de uma sociedade justa ou bem ordenada pode preencher as lacunas da indeterminação de uma interpretação do caso específico do direito vigente (NR, 61). *Significa que é o político que determina o direito. A administração do direito vem indeterminada* porque falta o consenso de fundo que poderia ser o paradigma do ordenamento jurídico (NR, 63).

Wiethölter quer colocar em lugar do contrato, procedimentos de formação racional da vontade coletiva (NR, 63), permitindo-se um procedimento de auto-organização da sociedade (idem), entendendo, porém, que o direito é a *estrutura decisiva da sociedade* (NR, 64). Habermas pergunta então: é o direito que determina a sociedade ou é a sociedade que determina o direito? Para ele, o direito não consiste só na sua aplicação profissional, mas também na produção, aperfeiçoamento e aplicação de normas e programas jurídicos, sendo, portanto, a *perspectiva prioritária a do legislador democrático* (e não a do jurista), no qual Savigny já havia visto o defensor nato do direito, senão a sua racionalidade (idem).

Ora, como é que o Direito nasce?

O Direito, como sinônimo de lei, nasce na atividade política, iluminada pelo auto-entendimento proporcionado pela hermenêutica da vida social (FG, 198) e que considera a imposição da vontade pela barganha (Baseia-se em J. Elster) com vistas ao consenso (FG, 204 e 205).

A vontade geral é empírica e hipotética e o discurso ético-político deve fazer cumprir a condição da comunicação pelo auto-entendimento hermenêutico do coletivo (FG, 223).

A esta altura, em *Faktizität und Geltung...* (236), Habermas volta ao conceito de

esfera pública, discutindo o Parlamento e a opinião pública, entendendo que a racionalidade passa pela discussão autor-aplicador-executor da lei, o que pormenorizará posteriormente, no último capítulo da obra (FG, 237).

Wiethölter dá atenção ao elemento político, mas privilegia o elemento técnico, querendo transformar o sistema jurídico em *procedimentalização*. Para Habermas, no entanto, a questão é antes política e não só técnica. Deve ser colocada na mesa de discussão. Para ele, portanto, a práxis que Wiethölter pede deve atingir a consciência não só de juristas, mas também a de administradores e legisladores (NR, 66; cf. 68).

Um Direito coercitivo não é tudo. Discutindo, desta vez, com Otfried Höffe, o autor de *Justiça Política*, Habermas responde: Höffe não colhe o ponto principal da ética do discurso, qual seja, o consenso dos interessados (NR, 78). *Só não prejudicando a escolha dos interessados*, diz Habermas, *é possível judicar imparcialmente o que é bem em igual medida para todos* (NR, 79).

Höffe se apega ao caráter coercitivo do direito, mas um conceito de formação discursiva da vontade, contraposto à concessão do contrato e da troca, leva consigo um conceito de racionalidade *procedural* que remete além da legitimação do caráter coercitivo do direito (NR, 83).

No campo da filosofia política, Habermas privilegia um conceito de *política deliberativa* (FG, 348), que é, na verdade, um *conceito procedimental de política* (FG, 349), segundo o título do sétimo capítulo.

O conceito de política deliberativa supõe deliberação pública e procedimento democrático neutro (FG, 372 a 374; cf. 541 e s., *Direito e Moral*). Ilegítimo é o que está contra o processo democrático (FG, 398).

Se se trata da formação discursiva da vontade, há um meio de se prevenir contra a deformação interpretativa dessa vontade que é o instrumento da *desobediência civil*, nos termos em cita autores como Cohen e Arato, como meio de mobilização da opinião pública contra situações de crise. Esses autores citados falam, com efeito, no *sense of justice of the populace* (FG, 463), mas não se deixa de ver nesse instrumento um caráter conservador.

O próprio Norberto Bobbio, que Habermas cita como exemplo de defensor da democracia como procedimento mínimo (FG, 368), discorre tranqüilamente sobre o *direito de resistência* como instrumento de conservação de princípios.

Dessa forma, está resolvido o problema, segundo pensa Habermas, pois o maior meio de dominação hoje, no *Welfare Capitalist Society*, é impedir ou inibir a participação na determinação das ações ou suas condições (FG, 506), que pode levar ao problema central da instrumentalização do Direito para fins de governo político (FG, 528), como ocorreu no período nazista (FG, 555).

Se temos os meios para impedir isso, exigindo a procedimentalização como garantia da *verdade discursiva*, a tensão entre eficácia social e vigência é praticamente vencida (FG, 464), pois a práxis da auto-compreensão social e da autodeterminação dos *consoiciados* se dá na história (FG, 467).

Conforme identifica I. Maus, o paradigma do Direito é o processual (FG, 532 e 536), de modo que legitimidade seja eficiência, estabilizando-se a tensão entre eficácia e vigência (FG, 539).

Com essas passagens, fica bem claro que o direito em Habermas volta a ser o direito conservador da ordem social, que se pretendeu outrora. E para consegui-lo, tenta despi-lo, assim como a toda a filosofia, de qualquer caráter de natureza. Se natureza significa origem, a filosofia e o direito se tornam procedimentos com funções práticas definidas metodicamente. Este a *integrar* a sociedade, a exemplo daquela, que auxilia cooperativamente as ciências.

Nada leva a verdade ou justiça. Não há o que descobrir ou declarar. Não há o que compreender, mas apenas fazer. Essa práxis na qual o direito ocupa lugar principal, ao lado da escola e da família, no entanto, se sustenta por uma base imaginária: *a situação ideal de fala*. Fica tudo no campo da utopia, embora Marx, que Habermas procura tornar viável, abandonando-o, detestasse a utopia.

Ainda para Habermas, como para Kant, *justiça é liberdade*. Kant entendia que uma ação era justa *quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal* ou a sua famosa definição de Direito: *O direito é o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal de liberdade*. No caso de Habermas, poderíamos acrescentar que justiça é a liberdade de deliberar e como isso só é garantido, segundo ele, pelas *regras do jogo* procedimentalmente entendidas, nada se distancia de Kelsen, nesta mesma tradição kantiana, inobstante pudesse partir de uma orientação sociológica como partiu Savigny. É um positivismo empírico se encontrando com um positivismo idealista, como ele mesmo alertou.

O procedimento deve ser imparcial e considerar princípios (FG, 563), conforme a tradição kantiana de procedimento imparcial (FG, 564), ou seja, *o Direito dissolve-se na política*, reduz-se a um sistema de regras como ordens do legislador (FG, 587), de modo a cumprir-se o entendimento kantiano de que a soberania popular se realiza pela ação de legislar (FG, 611).

Só o dogmatismo garante a democracia (FG, 599), ou, nas próprias palavras de Habermas:

Dieses behält gewiß, wie der Rechtsstaat selber, einen dogmatischen Kern: die Idee der Autonomie, wonach Menschen nur in dem Maße als freie Subjekte handeln, wie sie genau den Gesetzen gehorchen, die sie sich gemäß ihren intersubjektiv gewonnenen Einsichten selber geben. Dogmatisch ist diese Idee freilich sich Spannung von Faktizität und Geltung aus, die mit dem Faktum der sprachlichen Verfassung soziokultureller Lebensformen "gegeben", d.h. für uns, die wir in einer solchen Lebensform unsere Identität ausgebildet haben, unhintergebar ist. (FG, 537).¹⁵

CONCLUSÃO

O presente estudo, cujo escopo é entender o conceito de Direito em Jürgen Habermas, foi útil para a tentativa de identificação da crise do Direito.

Partindo da *curiosidade* científica acerca do que poderia ser o Direito na época

15 Traduzindo *Faktizität* e *Geltung* por *eficácia* e *vigência*, respectivamente, podemos dizer que Habermas entende que a tensão entre uma e outra deve ser resolvida com a prevalência da vigência, ou seja, o aspecto normativo do direito.

pós-moderna, perseguimos a visão filosófica do filósofo contemporâneo para ver nela, quem sabe, uma identidade.

Sua trajetória parte de uma orientação inicialmente situada na chamada *Teoria Crítica* da Escola de Frankfurt, mas logo se envereda por caminhos próprios, que são, na verdade, um feixe eclético de pensadores das várias linhas. Trazem consigo, no entanto, algo em comum: um certo positivismo.

Não é de admirar que Habermas, que começa com a crítica ao positivismo, venha a desembocar num rigor tão grande contra esse mesmo positivismo, que acaba dogmatizando seus princípios, para depurá-los de quaisquer influências ou interesses que possam *perturbar* a comunicação, cujo modelo ideal vem perseguindo.

Em *Conhecimento e Interesse*, Habermas ainda dizia que o positivismo é a negação da reflexão (EI, 3), entendendo que a *neutralidade axiológica* que representa o positivismo devia ser criticada, inclusive na pessoa de Max Weber, com seu *neokantismo* (ZLS, 96), constituindo-se, no positivismo jurídico, *uma forma particularmente cínica da consciência burguesa* (RhM, 12).

Depois, no entanto, entendeu que o positivismo jurídico seria útil como instrumento de *integração social* (RhM, 42 e 144), inobstante o formalismo burocrático de Weber tenha provocado um empobrecimento do direito como instrumento organizativo (TH, 369 a 376), criticando ainda a expansão da burocracia jurídica (PDM, 331), pois, como alertou Foucault, a expansão do direito acaba sendo um risco para os seus supostos beneficiários (PDM, 272). Isso, no entanto, não o impediu de ser reconhecido como um *positivista*, aliás, de um *positivismo vulgar*, como ele próprio refere (ZLS, 96) e acaba assumindo com a adoção do *dogmatismo* na sua última obra, como instrumento de preservação da vontade pública.

Essa mesma vontade pública que, no início, ao atribuí-la à *esfera pública burguesa*, julgava ser *dominadora* (SO, 109), pois o público não participa da formação da vontade, mas apenas aclama o resultado do processo político (SO, 212).

Habermas negou a *pretensão de universalidade da Hermenêutica*, mas cai no equívoco de universalizar a comunicação lingüística, como se tudo se resumisse ao problema da linguagem. E mais que isso, fica na utopia da *situação ideal de fala*, que jamais ocorrerá.

Isso é coerente com o *funcionalismo*, o *estruturalismo* e o *sistemismo*, próprios do positivismo sociológico-jurídico ou sociologismo jurídico, que reagindo ao dogmatismo, numa *volta aos fatos*, apresenta, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, *a visão de uma falsa unidade social (negando a existência das classes e a luta de classes) para propor, em síntese, mais INTEGRAÇÃO e maior COMUNICAÇÃO como formas de solução de conflitos sociais ou de superação da anomia*.

Enquanto isso, vamos nos arranjando como podemos! Marx não gostava dos *socialistas utópicos*, querendo logo partir para uma práxis dentro do que havia de real. Habermas, no entanto, pretende cumprir o testamento de Marx com uma figura ideal que, se ocorrer, tornará desnecessária a sua própria teoria. Habermas busca em Marx o Marx sociólogo, em detrimento do Marx economista, certamente em razão da sua procedência da sociologia. Inobstante, mais tardiamente, descobre em si uma vocação frustrada, a de *economista*, identificando-se mais, talvez, com o lado de *administração do fazer*. De outro lado, pode-se observar também, que sua teoria supõe uma sociedade organizada de maneira tal que dificilmente encontraria um *lebenswelt* maduro para sua aplicação.

A discussão com Luhmann, que não nos interessou de primeiro plano, pode acabar inócua, uma vez que o "purismo" da Teoria do Agir Comunicativo acaba minando-a justamente por não querer tomar partido, por temer o papel de ideologia. Se não o assume, entretanto, acaba sendo ideologia assim mesmo. A *Razão Comunicativa* é um canal vazio, onde se pode colocar qualquer líquido. Mais que isso, porém, uma forma vazia e elástica, que se amolda procedimentalmente conforme o seu conteúdo. E isso, paradoxalmente, é devido a sua rigidez dogmática, bastante visível. Embora a partir de princípios alocados topicamente, e visando um fim, não se impede que passe a ser, daí por diante, uma *ética de princípios*, mormente quando esse fim pragmaticamente colocado, é apenas e puramente o da comunicação ideal, quando interesse e razão coincidem, quando o interesse que guia o conhecimento é o interesse na emancipação.

Como distinguiu O. Höffe, Habermas trabalha com algo abstrato, uma analogia, que é a linguagem, enquanto há toda uma realidade a sua volta.

Se a sua filosofia, pretensamente “pós-moderna”, por “desfundamentalizar” a razão, junta Marx com Kant, através das diversas linhas filosóficas, do Pragmatismo, que entende uma filosofia prática, ao Estruturalismo Genético, que entende um modelo de diagnóstico crítico que pode ser transplantado para a crítica da sociedade, de modo *reconstrutivo*, não consegue escapar por isso dos modernos que pretende aperfeiçoar. É certo que o Estruturalismo pode se coadunar com o pensamento oriundo do Marxismo. Marx mesmo utilizou esse termo *estrutura* para se referir às ideologias sociais de modo geral. E não é contraditório também que Habermas junte Kant com Darwin, ainda nos moldes do velho positivismo Comteano, pois o *Estruturalismo* tem a ver com a Biologia de Spencer, ao que Habermas junta o Pragmatismo, que se alia à Fenomenologia, segundo os princípios kantianos.

Em suma, Kant com Marx, ou um Kant marxista e um Marx kantianizado, ambos *desfundamentalizados*, é um Habermas que vai perdendo Marx de vista. Na área particular da filosofia do direito, Habermas é um Savigny com Kelsen.

A diferença da sua teoria para com o Direito Natural Moderno é que este se fundava na lei como *declaração* de direitos (direitos naturais) e para ele a lei também é uma declaração, mas não passa de uma declaração de vontades estabelecidas pelo consenso.

O relativismo de Habermas, que ele tenta consertar com uma dose excessiva de dogmatismo, é mais grave do que o da Teoria do Conhecimento. Kant ainda conciliava *Razão Pura* e *Razão Prática*, deixando um lugar para o que a razão não era capaz: a religião. Talvez o seu fundamentalismo permitisse isso. No caso de Habermas, entretanto, o sonho de criar algo sutil como a Razão Comunicativa, que paira num abstrato sem ligação alguma com qualquer tipo de fundamentação (diga-se, aliás, fundação, o que subentende tradição), acabou ironizado por ele mesmo. após analisar a recente tentativa de volta à metafísica (Cf. ND, 9), diz que para o europeu o termo *metafísica* lembra religião, ou seja, a história da salvação judaico-cristã (ND, 25). Inobstante, incluiu entre os *metafísicos*, Kant, Fichte e Hegel, de cujos pensamentos não consegue escapar. Por fim, confessa que um cotidiano totalmente profanizado não é possível: a religião é insubstituível e o

pensamento pós-metafísico coexiste com uma práxis religiosa, pois a filosofia, em sua forma pós-metafísica, não pode substituí-la e nem eliminá-la (ND, 62; cf. 186). A pretensa indiferença positivista para com a metafísica só mostra o receio do confronto. Ainda aqui acaba seguindo uma tradição: aquela que separa fé e razão.

Trata-se, com efeito, de uma *esperança desesperada* de quem está por um fio. O próprio Habermas responde a críticas: A Razão Comunicativa é certamente uma tábua insegura e vacilante, mas não se afunda no mar das contingências, ainda quando tal estremecimento em alto mar seja o único modo como pode *dominar* as contingências (ND, 186). Ou seja, sobrevive do não confronto, do conformar-se de uma tábua que não enfrenta, mas que se mantém sempre ao sabor das ondas. Um caniço que não racha porque se curva na direção do vento. Parece que não se trata de uma dialética mas de uma aceitação. A luta contra a tradição, tão propugnada pelo Iluminismo, se mantém com as mesmas armas do adversário.

Habermas quer ser crítico, mas se insere como nenhum outro, no seio de uma tradição.

Seu conceito de Direito segue essa filosofia. O Direito como instrumento, compondo normas de segundo grau, sugere questões interessantes. A denúncia de uma tendência à burocratização e à expansão do Direito como meio de controle estatal, por exemplo, faz sentido. Contra isso é o princípio do *direito mínimo* que, é um princípio do Liberalismo, seguindo a idéia de que o Estado é um mal necessário e, pois, quanto menos melhor. Revela-se, portanto, e ainda, um liberal, e, por mais que procure inaugurar um *pós-modernismo*, não se desprende das raízes modernas. Revela-se, no entanto, um arauto do governo das leis, as mesmas que sugeriu não estarem cumprindo a função de garantir a liberdade, mas pesando como definidora de deveres. Ao mesmo tempo, sustenta que só o dogmatismo pode garantir a liberdade!

Se olharmos por dentro de um *tridimensionalismo* fragmentado, que considera *fato*, *valor* e *norma* isoladamente, sendo *fato* relacionado com o sociologismo jurídico, *valor* com um certo direito natural ou a preocupação pelo justo, ou um eticismo, e *norma* com o dogmatismo do positivismo jurídico, a crítica de Habermas se situa claramente contra *valor* e *norma*, privilegiando a ocorrência sociológica (fato), embora num primeiro momento, o que não impedirá de cair também num dogmatismo de ordem sociológica e, por conseguinte, normativista. É

por isso que dizíamos anteriormente que o verdadeiro embate se dá contra a Ontologia, de modo especial contra a Hermenêutica Filosófica e contra as perspectivas de um certo Direito Natural.

Na sua última obra, *Faktizität und Geltung...*, absorve-se no estudo mais direto da filosofia do direito e ali demonstra que *fato* e *norma*, ou seja, *eficácia* e *vigência*, são os dois elementos consideráveis do Direito. Entretanto, quando se fala de norma, supõe-se valorações de condutas e, pois, uma ideologia.

Se concordamos com o diagnóstico de Habermas, não aceitamos a colocação do Direito em si como instrumento meramente comunicativo, produto ainda da mera comunicação, na forma de um culturalismo ou, como o quer Habermas, de uma *razão comunicacional pura*.

Em primeiro lugar, devemos nos perguntar se a vontade geral é possível. Aristóteles já havia alertado para a impossibilidade da *democracia*, ou seja, para um governo pela vontade popular, pois esta é vulnerável à *demagogia*, a ação dos condutores do povo, que são exatamente os líderes políticos que deverão representar o povo e discutir sua vontade no parlamento, como asseveram clássicos como Rousseau ou mesmo Savigny. Isso é válido para sociedades mal organizadas ou para sociedades altamente organizadas, embora nos meios menos estruturados, fique mais fácil entender a insuficiência dessa teoria.

O próprio Habermas, no início, ao apontar para a circunstância de que a vontade popular, fruto do consenso, é, na verdade provocada pela propaganda, que domestica (SO, 229), responde negativamente a essa questão. Mas, posteriormente, acabou entendendo que *compreender* é *concordar* (TH, 704 a 707), acreditando numa *ética do discurso*, que implica não em valores, mas apenas numa validade deôntica (MH, 126). É a conexão essencial entre *eficácia* e *vigência*, tema de sua última obra, *Faktizität und Geltung...*

Por outro lado, subtraindo-se a verdade à Ontologia, deixando-a ao sabor da vontade popular, se é que essa vontade sem condução é possível, caímos num relativismo e não temos parâmetros. O período do Nazismo, por exemplo, que Habermas cita como um período de *distorção* do Direito, demonstra a ele mesmo que o Direito como mera expressão da vontade, pelo Estado, corre esse tipo de risco. Uma comoção popular, um povo comovido, um povo conduzido, uma vontade entusiasmada... Um grande perigo.

Finalmente, em relação às conseqüências hermenêuticas da teoria habermasiana, basta dizer que ele mesmo confessou-se inapto para a discussão de caráter jurídico (FG, 11).

Mas, a experiência de aplicador mostra que a lei, por ser genérica, contém, na sua própria essência, a lacuna da generalidade. O momento e a ocasião da feitura da norma são necessariamente diversos do momento e ocasião da sua aplicação, seja pelo dinamismo da vida social, seja pela individualidade de cada um.

Aristóteles já ensinava que a equidade é necessária para corrigir o erro da lei, feita não pela inspiração do *justo*, mas do *conveniente*. Sua generalidade compõe seu erro e na prática da sua aplicação, quando esta se realiza, faz-se mister torná-la igual, equânime, justa.

Habermas acredita que a interpretação hermenêutica só é necessária diante do *entendimento perturbado*, encarando a hermenêutica como mero *procedimento* que não pode interferir materialmente para não comprometer a vontade popular já formalizada na norma. É por isso que assevera que a *ética do discurso* não abstrai conteúdos, ou seja, assegura-se conteúdos (eficácia) pela validade (vigência) da norma.

Entretanto, a não interpretação, como ponderou Carlos Maximiliano, é impossível. A intransigência do "Code Napoleón" não durou muito e logo se teve que facilitar a individualização da aplicação da lei, inclusive da lei penal, com sua então rígida legalidade.

A proibição de interpretar só faz mascarar a ideologia do aplicador e a *corrupção* da ordem legal. Afinal, a lei tem uma razão primeira, um fim último, e para seu cumprimento é que deve ser adaptada a cada instante da sua *realização*. A lei é instrumento e não fim em si mesmo: visa prevalecer a harmonia do justo, da conduta segundo a verdade. O Direito em si é que não pode ser instrumento, pois deve ser o arcabouço da verdade em si mesma, privilegiando a sua realização prática como justo.

Se a questão é *verdade* ou *método*, Habermas opta pelo método, querendo um paradigma procedimental para o Direito, o que não é novo na História do pensamento.

Eis aqui uma semelhança de Habermas com Tobias Barreto.

Para Tobias Barreto, que seguia o pensamento alemão do seu tempo bem de

perto e portanto a mesma tradição de Habermas, o Direito não é revelado e nem descoberto (abandona os conceitos de Direito Natural Clássico e Moderno), mas é produzido pelo grupamento humano e suas condições concretas de estruturação e reprodução. *Tobias era um positivista da primeira geração.*

Evidentemente, para um pensamento oriundo da Sociologia, interessa (e aqui entra o interesse que guia o conhecimento), o estabelecimento de uma prática social. Esse cotidiano social, a realidade em que o Direito se encontra, não pode ser ignorada. O crescimento do Direito Positivo como forma de controle da vida social evidentemente também é um *uso* do Direito. Mas isso diagnosticado, não permite um empirismo tal, ainda que revestido de uma *Razão Comunicacional*, que faça das combinações tópicas uma determinante para o conceito de justiça.

Há que entender isso, sob pena de não termos um parâmetro de verdade e justiça e acabarmos fomentando uma ideologia! Nesse ponto ao menos concordamos com Ricouer: Uma busca da verdade, sem crítica da própria busca, torna-se uma ideologia, assim como é ideologia uma crítica tal que não permita a busca. E acrescentamos: A crítica diagnostica mas não cura. Para a solução do problema diagnosticado, o método não basta. É preciso corrigir a cada instante a generalidade do comando legal, ainda que obediente a um procedimento constitucional, convertendo-o topicamente naquilo para o que foi predestinado: instrumento de aplicação da justiça. Ao contrário do que pretende Habermas, como solução, a lei é meio e o Direito é fim, pois o Justo independe da vontade e é a aplicação de um princípio teórico de Verdade, a Igualdade. Equidade, mais que a mera busca de solução quando não há lei, como apenas se admite dogmaticamente, é a manutenção ou resgate da Igualdade, no cumprimento da finalidade da lei como instrumento, que é a realização do Direito. Habermas se revela antes um estrategista político do que um filósofo. Ou, como queira, um *economista*.

No comunicado sobre SO, no capítulo 1, já assinalávamos que Habermas havia dito que, em nossas palavras, *Aqui talvez seja de se notar que a interpretação de Habermas a respeito da convivência, que se dá na esfera pública, seja, kantianamente, uma questão de conveniência, ou seja, um modo de se assegurar a própria individualidade. Se não se afastar disso, a própria ação comunicativa corre o risco de ser também ela mesma uma ação estratégica.* Na verdade, parte ele da crítica à *ação estratégica* para acabar revelando-se também um 'estrategista'.

Mas, se a sua estratégia visa instrumentalizar o poder com a legitimidade, entendendo *legitimidade* como discurso formalmente participativo, essa estratégia é inócua. Ainda aqui ele tem esperança numa *igualdade*, mas para isso não há método eficaz (como o método também tem o seu lugar, sugere o presente estudo um outro: o do método em direito, uma questão epistemológica!) sem que se lembre do que sabiamente ponderou Gadamer: *o homem experiente sabe da fragilidade de todos os planos e é, assim, um decepcionado*, na medida em que não pode determinar a realidade conforme a sua vontade num arremedo de ontologia que é o dogmatismo. Ao contrário, só a verdade libertará. E *a verdade vem por si só!*

Sim, esses cavalheiros são todos muito vaidosos – observou o pintor – mas seus superiores permitem que sejam pintados assim.
(Franz Kafka, *O processo*)

Ao estudar a breve "história da hermenêutica jurídica" no Brasil, pudemos contemplar alguma coisa a respeito de Carlos Maximiliano, cuja obra máxima, *Hermenêutica e aplicação do direito*,¹ é um marco.

Para ele, a hermenêutica é, talvez, o capítulo menos seguro e mais impreciso da ciência do Direito, porque partilha da sorte da linguagem. Da mesma forma que esta, é muito mal usada, pois não se conhece os seus preceitos.²

Entretanto, trata-se a hermenêutica de uma verdadeira arte,³ sendo que interpretar "não é simplesmente 'tornar claro' o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta".⁴

Maximiliano se posta contra o dogmatismo exegético, mas se atualiza com Aristóteles, ao entender que a aplicação da lei é sua correção, alertando para as qualidades do bom hermeneuta:

"Para ser hermeneuta completo, é mister entesourar – citando Roberto de Ruggiero – "profundo conhecimento de todo o organismo do Direito e cognição sólida, não só da história dos institutos, mas também das condições de vida em que as relações jurídicas se formam".⁵

"Precisa o exegeta possuir um intelecto respeitoso da lei, porém ao mesmo tempo inclinado a quebrar-lhe a rigidez lógica", mantendo o meio termo entre os interesses individuais e sociais.⁶

"O juiz, embora não se deixe arrastar pelo sentimento, adapta o texto à vida real e faz do Direito o que ele deverá ser, uma condição da coexistência humana, um auxiliar da idéia, hoje vitoriosa, da solidariedade social".⁷

1 Cit.

2 Idem, p. 11

3 Idem, p. 10.

4 Idem.

5 Idem, p. 100; conferir, sobre a *ciência do direito*, p. 195 e s.

6 Idem, p. 101.

7 Idem.

"Deve o intérprete, acima de tudo, desconfiar de si, pesar bem as razões pró e contra, e verificar, esmeradamente, se é a verdadeira justiça, ou são idéias preconcebidas que o inclinam neste ou naquele sentido".⁸

Dessa maneira, o aplicador do direito não agirá segundo o brocardo *fiat justitia, pereat mundus* ("faça-se justiça, ainda que o mundo pereça"), pois justiça, aqui, significa "aplique-se a lei", mas, ao contrário, entenderá que *summum jus, summa injuria* ("do excesso do direito, isto é, da lei, resulta a suprema injustiça").⁹

Segundo bem observa Maximiliano, o direito romano deve a sua longevidade às relações intencionalmente mantidas com a equidade, pois "fora da equidade há somente o rigor do Direito, o Direito duro, excessivo, maldoso, a fórmula estreitíssima, a mais alta cruz. A equidade é o Direito benigno, moderado, a justiça natural, a razão humana (isto é, inclinada à benevolência)", na citação que faz de Miraglia.¹⁰

Maximiliano acerta em um ponto nevrálgico da má aplicação do direito: a preguiça e a vaidade aliadas à busca de sucesso.

Diz ele que "em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados o êxito e os juízes inferiores a manutenção das suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repertórios de decisões em resumo, simples compilações, obtêm esplêndido êxito de livraria".¹¹

Para Maximiliano, o processo é "erradíssimo", pois os arestos, embora úteis no auxílio da exegese de textos legais, se manuseados criteriosamente, isoladamente não têm valor algum. E isso porque versa sempre sobre fatos, casos particulares que dificilmente se assemelharão a outros e, na citação de Berriat Saint-Prix, "pequena diferença de fato induz grande diversidade de direito".¹² Na verdade, apenas a lei é, genérica. Tornar uma decisão judicial, ainda que de tribunal superior, referência para decisões futuras, parece realmente um grave equívoco.

Por isso, assevera Maximiliano, mais uma vez: nem o excessivo apego à lei, nem

8 Idem, p. 105.

9 Idem, p. 168-173.

10 Idem, p. 172.

11 Idem, p. 181.

12 Idem, p. 182.

o excessivo desprezo, como é a "jurisprudência sentimental" do bom juiz Magnaud".¹³

Defende, outrossim, o respeito à lei contra "invenções" e atitudes "revolucionárias" contra-legal, o que não significa, porém, uma atitude de beatificação do dogma, pois "ninguém ousará dizer que a música escrita, ou o drama impresso, dispensem o talento e o preparo do intérprete,. Este não se afasta da letra, porém dá ao seu trabalho cunho pessoal, e faz ressaltarem belezas imprevistas. Assim o juiz: introduz pequenas e oportunas graduações, matizes vários no texto exposto, e, sob a aparência de o observar à risca, em verdade o melhora, adapta às circunstâncias do fato concreto, aproxima do ideal do verdadeiro Direito. Deste modo ele desempenha, à maravilha, o seu papel de intermediário inteligente entre a lei e a vida".¹⁴

Maximiliano, porém, é realista quanto à qualidade dos magistrados: "Homens de tanto valor se não encontram comumente nos pretórios; porque o atual processo de seleção, antiquado e deficiente, e os vencimentos não atraem as capacidades excepcionais". Ignora-se que, na citação de Ehrlich, "quanto mais o Governo economiza com a magistratura, mais despende o povo com advogados".

Para ele, o melhor sistema de seleção é o inglês, como até os alemães o reconhecem: Conquista os grandes advogados para membros de tribunal de segunda instância, os quais já estão suficientemente familiarizados com a difícil tarefa da aplicação do direito.¹⁵

No Brasil, ao contrário, recém-formados, se oferecem, como candidatos em concurso público, o que, por si só, já empobrece a magistratura de um modo geral. Os mais experientes não se resignam diante das parcas condições de trabalho e de salário, ao passo que esses novatos, após aprenderem à custa da sociedade, ao se desligarem da carreira, irão emprestar sua experiência à função de advogados.

Nesse prisma, o que melhor se pode fazer no âmbito acadêmico da formação de novos juristas, é o trabalho esclarecedor da prática hermenêutica, ensinando, ou melhor, mostrando¹⁶ o caminho do estudo sério da técnica jurídica, de um lado, pois o direito, como lei positiva, é uma tecnologia, e o exercício da justiça, de outro,

13 Idem, p. 103 e 83.

14 Idem, p. 102.

15 Idem, p. 76.

16 Educar significa etimologicamente *educare*, *educere*, ou seja, conduzir para fora, e *estudante* significa, de *studium*, aquele que se dedica.

pois como auto-realização do homem em sociedade é, antes de tudo, igualdade.

Zaffaroni, aliás, numa colocação muito interessante, diz que a Universidade, ao lado das demais agências, a policial e a judicial, se presta como chave do sistema penal, ao caracterizar-se pela superficialidade no ensino do direito, com a *redução da bibliografia* e o *descuido salarial dos professores*, o que impede a pesquisa séria e que, num círculo vicioso, faz deslocar verbas para o setor de segurança pública.¹⁷ Entretanto, lembra muito bem o renomado autor, *ser juiz ou catedrático na América latina significa corresponder o privilégio ao dever para com os demais*.¹⁸

Trata-se, portanto, de uma questão de ensino, de maneira que, se não pudermos dizer como Maximiliano, que afirmou "nasci justo",¹⁹ poderemos dizer, ao menos, que nos tornamos justos!

17 *Em busca das penas perdidas...*, p. 132.

18 *Idem*, p. 154. Quem atua na Justiça Criminal e também na Universidade, tem que enfrentar a questão da deslegitimação do Direito Penal, recorda ele na p. 153.

19 *Cit.*, p. 374 e 376.

 TIMA CITAÇÃO

Oh! Os sábios são, como os artistas, quase sempre melancólicos. Porque avistam mais longe, porque conhecem o futuro, porque antes que as coisas aconteçam, já estão padecendo com suas conseqüências...

...

Mas agora que o carnaval passou, que vamos fazer de tantos quilos de miçanga, de tantos olhos faraônicos, de tantas coroas superpostas, de tantas plumas, leques, sombrinhas...?

...

Mas os homens gostam da ilusão. E já vão preparar o próximo carnaval...

(Cecília Meireles, *Ilusões do mundo*)

FERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*, intr. Oscar Paes Leme, 2. ed., Petrópolis : Vozes, 1991.
- ANDRADE, Christiano José de. *A hermenêutica jurídica no Brasil*, São Paulo : RT, s/d.
- ANSELMO, Santo. *A verdade*, trad. de Ruy Afonso da Costa Nunes, Coleção *Os pensadores*, São Paulo : Nova Cultural, volume dedicado a S. Anselmo e a Abelardo, 1988.
- ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Fundamentos aristotélicos do direito natural*, Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- ARENDT, Hannah. *Crises da república*, São Paulo : Perspectiva, 1973.
- ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco. **In** *Os pensadores*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, São Paulo : Nova Cultural, 1987, vol. Aristóteles.
- _____. *Política*, trad. Mário da Gama Cury. 2. ed., Brasília : UnB, 1988.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*, São Paulo : Saraiva, 1984.
- BAPTISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio : Revan, 1990.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio : Forense, 1983.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio : Revan, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria do Estado e do Poder em M. Webber*, in *Ensaio escolhidos*, S. Paulo : Ch. Cardim, s/d.
- _____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, Brasília : UnB, 1984.
- _____. *Ética e Política*, Parma : Pratiche Editrice, 1984.
- BONOMI, Andrea. *Fenomenologia e estruturalismo*, trad. João Paulo Monteiro et alii, São Paulo : Perspectiva, 1974.
- BOVERO, Michelangelo. *Teoria Política*, IV, n. 2, 1988 (s/l).

BRUNO, Aníbal, *Direito penal*, Rio : Forense, 3. ed., 1972, T.1.

CAMPOS BATALHA, W.S. *Introdução ao estudo do direito*. Rio : Forense, 1981.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*, S. Paulo : EPU/EDUSP

COSTA, Moacyr Lobo da., *in Apresentação no vol. Cinco lições de hermenêutica jurídica*, São Paulo : Saraiva, 1984.

CRETELA JUNIOR, José. *Curso de direito romano*. 12. ed. Rio : Forense, 1989.

_____. *Introdução ao estudo do direito*, Rio : Forense, 1984.

CRIPPA, Adolpho, e outros. *As idéias filosóficas no Brasil*, São Paulo : Convívio, 1978.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1986.

DILTHEY, Wilhem. *Essência da filosofia*, Lisboa : Editorial Presença, 1984.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio à ciência do direito*. São Paulo : Saraiva, 1995.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas : a hermenêutica*. 3. ed. Lorena-SP : Stiliano, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça, a função social do judiciário*, São Paulo : Ática, s/d.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Atlas, 1988.

FOLHA DE S. PAULO. São Paulo: 11 de novembro de 1989.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, trad. de Ligia M. Pondé Vassallo, Petrópolis, Vozes, 6. ed., 1988.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*, São Paulo : Saraiva, 2. ed., 1988.

FRANCA, S. J., Leonel. *Noções de história da filosofia*, 24. ed. Rio : Agir, 1990.

FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo : RT, 1972, v. 1 e 2.

- FREITAG, Bárbara e ROUANET, Sérgio Paulo. *Introdução*, in *Habermas: coleção grandes cientistas sociais*, n. 15, São Paulo : Ática, 1980.
- GADAMER, Hans Georg. *Verité et méthode*, trad. francesa de Etienne Sacre, Paris : Editions du Seuil, 1976.
- GEUSS, Raymond. *Teoria crítica – Habermas e a Escola de Frankfurt*, trad. Bento Itamar Borges, Campinas : Papyrus, 1988.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1988.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed. Rio : Forense, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. *Conoscenza e interesse*. 3. ed. Trad. Gian Enrico Rusconi e Emilio Aggazzi, Bari : Laterza, 1983.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida, Rio : Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida, Rio : Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Dialética e hermenêutica* (textos), trad. Alvaro L. M. Valls, Porto Alegre : L & PM, 1987.
- _____. *Faktizität und Geltung: Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt am Main : Suhrkamp, Zwaite Auflage, 1992.
- _____. *Faktizität und Geltung: Beitrage zur Disskursstheorie des Rechts und desdemokratischen Rechtsstaats* 2. ed., Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1992.
- _____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad. Flávio R. Kothe, Rio : Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. *O discurso filosófico da Modernidade*. Maria Bernard et alii, Lisboa : Publ. Dom Quixote, 1990.
- _____. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. 2. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho, São Paulo : Brasiliense, 1990.
- _____. *Pensamiento postmetafísico*, trad. espanhola de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madri, 1990.
- _____. *Pensamiento postmetafísico*. Trad. Manuel Jiménez Redondo,

- Madrid : Taurus, 1990.
- _____. *Perfiles filosófico-políticos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid : Taurus, 1986.
- _____. *Rivoluzione in corso*. Trad. Mauro Protti, Milano : Feltrinelli, 1990.
- _____. *Técnica e ciência como Ideologia*. Trad. Artur Morão, Lisboa : Edições 70, s/d.
- _____. *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. italiana de Paolo Rinaudo, Bologna : Il Mulino, 1986.
- _____. *Teoría y praxis*, Trad. Salvador Más Torres e Carlos Moya Espí, Madri : Tecnos, 1990.
- _____. *Zur Logik der Sozialwissenschaften* (A lógica das ciências sociais), trad. espanhola (*La lógica de las ciencias sociales*) Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Tecnos, 1988.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*, trad. de Maria da Conceição Costa, Lisboa, Edições 70.
- _____. *Identidade e diferença*, col. *Os Pensadores*, Nova Cultural, São Paulo, 1989, vol. dedicado a Heidegger.
- _____. *Introdução à metafísica*, trad. de Emanuel Carneiro Leão, Rio, Tempo Brasileiro, 1987.
- _____. *Que é isto - a filosofia?* **In** *Os pensadores*. Trad. Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1989, vol. Heidegger.
- _____. *Ser e tempo*, trad. Márcia de Sá Cavalcante, Petrópolis, Vozes, 3. ed., 1989.
- _____. *Sobre a essência da verdade*, na col. *Os Pensadores*, Nova Cultural, São Paulo, 1989, vol. dedicado a Heidegger.
- _____. *Sobre a essência do fundamento*, na col. *Os Pensadores*, Nova Cultural, São Paulo, 1989, vol. dedi
- HEKMAN, Susan J. *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*, trad. Luís Manoel Bernardo, Lisboa : Edições 70, 1990.
- HERKENNHOFF, João Batista. *Introdução ao estudo do direito*. Campinas : Julex, 1987.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Coimbra: A. Amado.

HISTÓRIA DO PENSAMENTO, São Paulo: Nova Cultural, s/d., vol. IV.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*, trad. Ernildo Stein, Petrópolis: Vozes, 1991.

JUNIOR, Martins. *História do direito nacional*. 2. ed. Recife : Cooperativa Editora e de Cultura Intelectual, 1941.

KANT, Imanuel. *Immanuel Kant – textos seletos*, trad. Raimundo Vier e Floriano de Sousa Fernandes, Petrópolis: Vozes, 2. ed. bilingüe, 1985.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. Rio : Freitas Bastos, 1970.

LIMA, Mário Franzem de. *Da interpretação jurídica*, Rio, Forense, 2. ed., 1955.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*, trad. espanhola de Quintiliano Saudaña, Madri, Reus, n/d.

MACHADO NETO. A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.

MAGALHÃES, Rui. *Textos de hermenêutica*, intr. ao volume, Porto: Rés, 1984.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 10. ed. Rio: Forense, 1988.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio : Forense, 1987, v. 1 e 2.

NADER, Paulo. *Introdução ao direito*. Rio : Forense, 1982.

NETO. A. L. Machado. *História das idéias jurídicas no Brasil*, São Paulo, Grijalbo Ltda./USP, 1969.

NUNES, Luis Antonio. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1969.

Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1989, vol. dedicado a Pierce.

_____. São Paulo: Nova Cultural, 1988, vol. dedicado a Schlick e Carnap

- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira, Porto: Edições 70, s/d.
- PEREIRA, Aloysio Ferraz. *Extrato referente ao congresso na Universidade de Roma*, publicação Cedam-Padova.
- _____. *O direito como ciência*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- PLATÃO. *Político*, trad. de Jorge Paleikat e João Cruz Costa, col. *Os pensadores*, São Paulo, Nova Cultural, 1987.
- PROTTI, Mauro. *L'itinerario critico*, Milano: Franco Angeli, 1984.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1979.
- RAMALHO, Joaquim Ignácio de. *Cinco lições de hermenêutica jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1984.
- REALE, M. *A filosofia de Kant no Brasil*, s/d.
- _____. *O direito como experiência*, ensaio X, São Paulo, Saraiva, 1968.
- _____. *Filosofia do direito*. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1987.
- _____. *Filosofia em São Paulo*, São Paulo, Conselho Estadual de Cultura e Comissão de Literatura de São Paulo, 1959.
- _____. *História da filosofia do direito*, São Paulo, RT, 1980.
- _____. *Pluralismo e liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 217.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- RICOUER, P. *O conflito das interpretações*, trad. de M. F. Sá Correia, Porto, RÉ S, s/d.
- _____. *Interpretação e ideologias*, trad. Hilton Japiassu, Rio: Francisco Alves, 3. ed., 1988.
- _____. *Origens da hermenêutica*, vol. *Textos de hermenêutica*, tradução de Alberto Reis, Porto, Rés-Editora, 1984.
- ROUSSEAU, J. J., *O contrato social*, trad. de Lourdes Santos Machado, coleção *Os pensadores*, vol. dedicado a Rousseau, São Paulo, Nova Cultural, 1987.
- RUSCHE G. e KIRCHHEIMER, O. *Pena e Estrutura Social*, trad. italiana de Dario Melossi e Massimo Pavarini, Bologna, Il Molino, 1984.
- _____. *Punishment and social structure*, New York, Russel & Russel, 1968
- SALEILLES, R. *L'individualisation de la peine*, Paris: Felix Alcan, 2.

ed.,1909.

SALGADO, Graça (coord). *Fiscais e meirinhos: a administração no Brasil colonial*. 2. ed. Rio : Nova Fronteira, 1985.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, Rio: Forense, 1. ed., 1985.

SCHLICK, Moritz. *Positivismo e realismo*, trad. de Luiz João Baraúna, Coleção *Os pensadores*, Nova Cultural, São Paulo, 1988.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: Razão comunicativa e emancipação*, Rio: Tempo Brasileiro, 1989.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1985, v. 1.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, São Paulo, RT, 1968.

STEIN E. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia, *in Jürgen Habermas, dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. *Seis estudos sobre 'Ser e tempo' (Martin Heidegger)*, Petrópolis, Vozes, 1988.

STONE, Alan. *The place of law in the marxian structure–superstructure archetype*, *in Law & Society Review*, Denver 19 (1), 1985.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, São Paulo, RT, 1985.

TEBALDESCHI, Ivanhoe. *La vocazione filosofica del diritto*, s/d.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1982.

TRIBUNA DO DIREITO, ano 1, n. 4, de agosto de 1993.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*, trad. de João Gama, Lisboa, Edições 70.

VAZ, Henrique. *O Pensamento filosófico no Brasil de hoje*, *in Noções de história da filosofia*, do Pe. Leonel Franca, Rio, Agir, 24. ed., 1990.

VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*. Trad. : L. Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1979.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, trad. de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M.

Botelho Hespanha. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio : Revan, 1991.