FILOSOFIA DO DIREITO

Dos gregos ao pós-modernismo

Wayne Morrison

Tradução
JEFFERSON LUIZ CAMARGO

Revisão técnica
DR. GILDO RIOS

Martins Fontes
São Paulo 2006

Esta obra foi publicada originalmente em inglês com o título
JURISPRUDENCE: FROM THE GREEKS TO POST-MODERNISM
por Cavendish Publishing, Londres.
Copyright ©: Morrison, Wayne.
Esta tradução de Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernism é publicada através de acordo com Cavendish Publishing Ltd.
Copyright © 2005, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, para a presente edição.

1ª edição *2006*

Tradução
JEFFERSON LUIZ CAMARGO

Revisão técnica
Gildo Sá Leitão Rios
Acompanhamento editorial
Luzia Aparecida dos Santos
Revisões gráficas
Maria Regina Ribeiro Machado
Ana Maria de O. M. Barbosa
Dinarte Zorzanelli da Silva
Produção gráfica
Geraldo Alves
Paginação/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Morrison, Wayne
Filosofia do direito : dos gregos ao pós-modernismo / Wayne Morrison ; tradução Jefferson Luiz Camargo ; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – São Paulo : Martins Fontes, 2006.

Título original: Jurisprudence : from the Greeks to post-modernism.
Bibliografia.
ISBN 85-336-2197-3

1. Direito – Filosofia – História I. Título.

05-6161 CDU-340.12(09)

Índices para catálogo sistemático:
1. Filosofia do direito : História 340.12(09)

Todos os direitos desta edição para o Brasil reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3101.1042
e-mail: info@martinsfontes.com.br http://www.martinsfontes.com.br

Sumário

Prefácio XIX

1. O PROBLEMA DA FILOSOFIA DO DIREITO OU DE DIZER A VERDADE DO DIREITO: um mergulho em questões recorrentes? 1
   O campo de interesse da filosofia do direito ou o que significa perguntar "o que é o direito?" 1
   A necessidade de reflexividade? 2
   O positivismo jurídico como tradição dominante na jurisprudência moderna 4
   Embora o positivismo jurídico tenha dominado as perspectivas modernas, existe atualmente uma pluralidade de perspectivas pós-positivistas: na pós-modernidade, é esse o problema de se fazer a pergunta sobre o que é o direito 8
   Confrontando a modernidade: de Dworkin a *Blade Runner* 11
   É possível acreditar numa filosofia do direito capaz de contar uma história verdadeira do império do direito na pós-modernidade? Ou será a pós-modernidade uma perda de fé nas narrativas coerentes, no progresso e na possibilidade de justiça? 15
   O problema de oferecer narrativas coerentes nas condições pluralistas e multiformes da modernidade tardia ou da pós-modernidade 15
   A problemática específica de se analisar o direito no contexto da pós-modernidade 16

2. ORIGENS: a Grécia clássica e a idéia do direito natural 19

   I. O direito e a questão existencial 19
   Fazer as perguntas básicas ou conscientizar-se das bases existenciais do direito 20
   Os aspectos físicos e existenciais da existência social 21
   A reflexão intelectual começa com o mito e o mistério do sagrado 22
   O problema existencial refletido na literatura e na filosofia gregas: o exemplo de *Antígona* 24
   Interpretações das tensões jurídicas em *Antígona* 28

II. O contexto do direito natural dos gregos clássicos 32
O *locus* existencial das origens da filosofia grega clássica: a dependência natural da humanidade em seus primórdios 32
O contexto da filosofia grega clássica foi o desenvolvimento da cidade-Estado 34
A natureza prática da filosofia grega: os escritos de Platão com base no desejo de encontrar uma posição a partir da qual criticar as convenções da ordem social 36
O mito platônico da emancipação através da verdade: o símile da caverna 38

III. A filosofia do direito de Platão 41
A concepção platônica de justiça do modo como se evidencia na *República* 41
O papel da educação para a "verdade" 43
A ênfase subjacente na unidade do objetivo social 45
A abordagem mais pragmática de *As leis* 46
Reflexões finais sobre o conceitualismo de Platão: ele oferece ideais de realidade ou criações da imaginação? 47

IV. A filosofia do direito de Aristóteles 48
Aristóteles e a ética dos fins naturais 48
A felicidade como fim último da vida humana 52
A situação da escolha humana 55
A justiça como função do tamanho relativo do corpo social 56
O modo empírico de identificar o direito natural 58

3. AS LEIS DA NATUREZA, O PODER DO HOMEM E DEUS: a síntese da cristandade medieval 59
A ascensão do universalismo com o declínio das cidades-Estado gregas 60
A filosofia do estoicismo 60
A idéia da humanidade como protagonista do drama cósmico 61
A resposta dos céticos à idéia do conhecimento como guia das atividades humanas 62
A abordagem do estadista romano Cícero (de Arpino, 106-43 a.C.) 63
A relação ambígua entre o homem e a natureza e o desejo crescente de dominar a natureza através da capacidade tecnológica 65
A resposta de Santo Agostinho e o desenvolvimento de um direito natural teológico 67
As narrativas de viagem e o ascetismo platônico na ordem natural de Santo Agostinho 69
As idéias de amor e graça 71
Justiça e direito natural 72
A idéia agostiniana da existência social dividida entre "duas cidades" e sua filosofia da história 74
Santo Tomás de Aquino: a doutrina tomista como apogeu do sistema escolástico de filosofia medieval 76
As idéias de Santo Tomás de Aquino sobre os fins do homem e o direito natural 77
A relação entre lei eterna, natural, humana e divina 80
A concepção tomista do Estado 82
Nota crítica sobre a mistificação do direito natural e sua relação com a segurança existencial 85

4. THOMAS HOBBES E AS ORIGENS DA TEORIA IMPERATIVA DO DIREITO: ou *mana* transformado em poder terreno 87
A atenção dividida do homem na tradição medieval: é preciso tentar controlar os eventos deste mundo ou procurar a salvação no "outro" mundo do amor de Deus? 87
O usurpador Maquiavel: uma primeira tentativa de infringir a concepção religiosa do direito natural 88
A imagem elisabetana do cosmo como uma cadeia estável de ser 90
A dialética do medo e do poder quando a concepção medieval desestruturou-se 92
A relação de poder inerente à religião natural comparada com o poder do conhecimento 93
O papel do poder e do conhecimento na obra de Francis Bacon: o conhecimento confere poder, mas o verdadeiro conhecimento provém apenas do método empírico 95
A abordagem contrastante de Descartes: o teste do ceticismo e a tarefa de erigir uma estrutura racionalista a partir de verdades incontestáveis 96
O poder que essas estruturas conferem ao agente humano contrastava agudamente com a idéia de dependência inerente à experiência mística do sagrado 97
Hobbes concebe um acordo com Deus por meio do qual o cosmo se divide nos domínios de um soberano terreno e um soberano eclesiástico 100
No *Leviatã*, Hobbes propõe que o poder confere conhecimento e que o segredo da ordem social consiste em controlar a interpretação do corpo social 103
O direito natural secular de Hobbes, ou "as regras naturais da condição humana" 106
A solução hobbesiana para os problemas da condição natural: a criação do soberano, um ser artificial, um deus mortal 111
O direito como autoridade do soberano reforçada pelo poder 112

Para fundar a modernidade, a atenção da humanidade deve concentrar-se no progresso e nos temores deste mundo, ou *a necessidade de controlar a escatologia* 115
Conclusão: entender o dilema e o legado que Hobbes nos deixa 116

5. DAVID HUME – DEFENSOR DA EXPERIÊNCIA E DA TRADIÇÃO CONTRA AS AFIRMAÇÕES DA RAZÃO COMO GUIA DA MODERNIDADE 121
Entender Hume: nota sobre a literatura 121
A importância de Hume para a filosofia do direito encontra-se em parte em sua defesa da tradição e da experiência, que estavam sob ataque implícito por parte do legado hobbesiano 123
O surgimento de conceitos metodológicos para se entender a sociabilidade humana: individualismo *versus* holismo 125
Hume nega que possamos entender a totalidade da existência apenas por meio do uso de nossa razão e sugere uma explicação estrutural-funcional do corpo social em que a tradição e a experiência são os aspectos importantes do progresso social 127
O resultado de nossa busca pela base do sujeito individual moderno é a incerteza e a confusão, em vez de uma base sólida 132
Superar o vazio subjacente ao novo começo da modernidade 134
O pragmatismo da volta de Hume à vida comum 136
O papel da memória e das narrativas da vida social 137
O argumento para se delimitar fatos e valores e criar uma idéia de relações morais baseada em nosso conhecimento dos fatos reais da história natural e do funcionamento do mundo 139
A suposição de uma natureza benéfica que funciona por meio do acúmulo gradual 141
Nossa concepção de justiça deveria erigir-se a partir das condições necessárias para se desenvolver a sociedade tendo em vista a condição natural do homem 144
As instituições sociais disciplinam a humanidade ao lhe conferir hábitos estáveis de comportamento 145
A filosofia ou a teoria moral é redundante? A filosofia do certo e do errado deveria ser substituída pela análise empírica da utilidade natural? 151

6. IMMANUEL KANT E A PROMOÇÃO DE UMA MODERNIDADE RACIONAL CRÍTICA 155
Pureza e autonomia como princípios do moderno 155
Em resposta a Hume 156
O princípio de autonomia racional seria o guia da modernidade 157
Reconhecer os tipos de conhecimento, cada qual com diferentes pressupostos fundamentais 160
A racionalidade da moralidade e a defesa da concepção do homem como um indivíduo livre, como pressupõe o direito 162
Definindo a ontologia do agente racional 169
Contrastando o certo e o bem 170
A descrição kantiana da marcha da humanidade 177
A marcha do todo 179

7. DE ROUSSEAU A HEGEL: o nascimento da tradição expressiva do direito e o sonho da eticidade do direito 183

I. O romantismo ambíguo de Rousseau e a idéia expressiva do contrato social 183
Modernidade: um contexto incerto para a legitimação das instituições sociais 183
O contrato social 187
A idéia da vontade geral 189
Interpretando a mensagem de Rousseau 192

II. Friedrich Hegel: A filosofia da reconciliação total e a busca da eticidade do direito 193
Hegel: reconectando o dualismo da condição humana à totalidade deste mundo 194
A liberdade como critério-chave da modernidade 195
O Estado deve refletir nossa necessidade de uma ordem social moral 196
O Estado constitucional é um desenvolvimento histórico que deve ser entendido e controlado com referência aos instrumentos conceituais do conhecimento histórico e à nossa leitura da história como manifestação de uma vida social ética 198
A ambivalência da imagem de Hegel: romantismo e advertência 200
A vontade soberana, ou a natureza da vontade do soberano 202
O papel social e os limites do conhecimento moderno 208
A dialética da modernidade: ação, esperança e destruição 209
Conclusão: Hegel e o sonho de uma modernidade plena 211

8. ADAM SMITH, JEREMY BENTHAM E JOHN STUART MILL: o desenvolvimento inicial de uma base utilitarista para o direito 213

I. Indústria, capitalismo e a justiça da mão oculta do mercado: A obra de Adam Smith 213
O entendimento do fundamento moral da proposta de Adam Smith da mão oculta do mercado 213
O desenvolvimento da idéia de solidariedade 216
Há alguma garantia absoluta para a idéia de Smith sobre a solidariedade e o espectador imparcial? 218

O papel do direito positivo e da punição como garantias da sociedade "comercial" moderna ... 219

II. Jeremy Bentham (1748-1832) e as origens da filosofia jurídica utilitarista moderna ... 221
A utilidade proposta como princípio fundamental de uma nova ciência da moral ... 221
O princípio de utilidade pode ser comprovado? Ou Bentham assumiu sua validade? ... 224
O direito como instrumento da reforma utilitarista ... 225
O papel das sanções ... 227
O cálculo do prazer e da dor ... 228
O objetivo ou a finalidade do direito ... 229
A centralidade da punição ... 230
O radicalismo limitado de Bentham revela-se em suas idéias de reforma que visavam aos interesses da boa ordem e à proteção da propriedade ... 231
A armadilha do panóptico ... 232
As imagens duplas de visibilidade e controle inerentes ao utilitarismo ... 234

III. John Stuart Mill: A reforma do utilitarismo e o desenvolvimento do princípio de liberdade ... 236
Entendendo o contexto da humanização introduzida por John Stuart Mill no utilitarismo clássico de Bentham ... 236
A liberdade e a busca do primeiro princípio a guiar a política ... 238
A complexa interação entre o princípio de liberdade e o utilitarismo geral ... 242
O produto final da interação entre liberdade e utilidade é o progresso social ... 245
Os papéis respectivos do direito escrito ou do Estado e do direito não escrito e a necessidade de tolerância ... 246
É possível traçar facilmente as fronteiras entre dano e ofensa? ... 247
O otimismo de Mill a propósito da modernidade ... 248
Que dizer da idéia de uma ciência da sociedade? O princípio de liberdade significa que nenhuma ciência é possível? A procura da verdade fornece o modelo para a sociedade aberta ... 249
A filosofia liberal precisa ser complementada com o discernimento histórico e sociológico ... 251

9. JOHN AUSTIN E O NASCIMENTO MAL COMPREENDIDO DO POSITIVISMO JURÍDICO ... 253
Introdução: a modernidade da filosofia do direito de John Austin ... 253

I. Resgatar Austin dos comentaristas ... 258
Quem é o John Austin dos textos sobre filosofia do direito? ... 258
Aspectos da abordagem usual de Austin ... 260
Relendo Austin como um positivista analítico: precisamos levar em consideração o projeto geral de Austin para apreciar suas distinções analíticas? ... 262
Os conceitos de Austin são parte de uma síntese geral ... 264
Qual é a base epistemológica da análise de Austin: será ele um simples positivista conceitual, um empirista ou um sociólogo? ... 265
Digressão sobre a relação entre positivismo e o positivismo jurídico de Austin ... 269

II. Compreender a estrutura da filosofia jurídica de Austin ... 272
A definição do direito ... 273
O direito é tanto uma criação quanto um elemento constitutivo da civilização ... 273
A relação entre poder e superioridade ... 274
A utilidade é o princípio-chave da justiça social ... 274
O conceito de soberania ... 277
Embora o soberano não seja politicamente limitável, deve responder por seus atos perante a moral positiva e crítica (sobretudo perante o princípio de utilidade) ... 280
A questão do direito internacional ... 283
O papel da criação judicial do direito ... 284

III. Conclusão ... 287
A natureza sufocante da interpretação tradicional da filosofia do direito positiva de Austin ... 287
O problema da incapacidade de Austin para reescrever suas aulas ... 288

10. KARL MARX E A HERANÇA MARXISTA PARA O ENTENDIMENTO DO DIREITO E DA SOCIEDADE ... 291
O marxismo como esperança e transcendência ... 291
Introdução à teoria marxista: a dialética do universal e do particular ... 292
Um dos atrativos da teoria marxista era sua narrativa da história ... 294
O marxismo como práxis ... 295
Ressalvas para o entendimento do papel de uma filosofia do direito marxista ... 295
Esboço do desenvolvimento do pensamento jurídico de Marx ... 301
A formulação da fundamentação científica do Marx da maturidade ... 306
Aspectos da metodologia marxista ... 310
O Estado ... 311
Marx sobre a ordem jurídica empírica e a justiça (social) ... 312
O legado de Marx nos condena a análises pessimistas da ordem jurídica em que entidades como os direitos são meras expressões de poder? ... 315
O direito como regra constitutiva ... 316

A busca marxista de justiça é uma luta contra a desumanidade e a exploração ... 318
Qual a relevância do legado de Marx depois do colapso do marxismo? . 319
A ordem pós-capitalista? ... 322

11. WEBER, NIETZSCHE E O HOLOCAUSTO: rumo ao desencanto com a modernidade ... 325

I. Max Weber (1864-1920): A dominação jurídica e a dialética racionalização-desencanto ... 325
A racionalização do mundo ... 325
Os elementos da racionalização ... 327
Estado-nação, legalidade e ascensão do capitalismo ... 329
Formas de dominação legítima ... 330
O problema da legitimidade na modernidade – a razão de ser da filosofia do direito? ... 332
A metodologia do entendimento sociológico ... 334
O desencanto é o destino de uma modernidade comprometida com a liberdade guiada pelo conhecimento ... 335
Weber sobre o destino da ideologia do direito natural ... 336
A disciplina moderna e as rotinas da vida cotidiana ... 338
A modernidade implica um compromisso com o conhecimento racional, mas não podemos ter conhecimento das bases ou dos valores mais profundos; conseqüentemente, o paradoxo da modernidade é que ela constitui um compromisso com o conhecimento, mas este não nos pode revelar o significado da vida nem, em última instância, que atos são significativos ... 339
O paradoxo do racionalismo ... 340
A criação de uma ciência do direito ... 341
A abertura da verdade do direito e da criatividade do direito ... 343

II. Friedrich Nietzsche (1844-1900): Moderno radical ou profeta do pós-moderno? ... 343
Introdução a Friedrich Nietzsche: o filósofo da condição pós-moderna . 344
Problematizando a verdade ... 346
Sobre o perspectivismo ... 347
A combinação do fluxo ontológico com o perspectivismo nos permite ver que o conhecimento funciona como um instrumento de poder ... 348
Sobre o inconsciente e a necessidade de proceder a uma genealogia da moral ... 349
Sobre a dificuldade de dar uma definição ou explicação simples das instituições sociais ... 350
Sobre a necessidade de mudar o destino e o tipo do humano ... 351
Sobre o desamparo do homem moderno ... 352

III. O Holocausto: Um exemplo da modernidade levada ao extremo e do extremo desencanto com a modernidade ... 353
Introdução ... 354
Resumo dos principais modos de ver o Holocausto ... 355
O uso do direito para transformar os judeus em material subumano . 361
O papel da teoria jurídica na criação do imaginário institucional da era nazista: o exemplo de Carl Schmitt ... 363
O Holocausto como parte da racionalização geral da modernidade ... 366
O disciplinamento dos guardas dos campos e dos homens das SS ... 367
A filosofia do direito e a reação ao regime nazista e ao Holocausto ... 369

12. A *TEORIA PURA* DE HANS KELSEN ... 381
Uma abordagem da *Teoria Pura* ... 381
A agenda social e política de Kelsen ... 383
A *Teoria Pura* de Kelsen como resposta formalista ao problema da criação de uma estrutura social numa realidade pluralista ... 389
A racionalização incompleta do positivismo jurídico ... 391
A estrutura da *Teoria Pura* ... 391
A natureza específica da norma jurídica ... 394
As faculdades interpretativas do cientista jurídico ... 396
O material para a interpretação se encontra na idéia de validade jurídica do sistema jurídico ... 397
A *Grundnorm*, ou norma básica, é um pressuposto do pensamento, e não um fato ou uma entidade empírica ... 398
A relação entre validade e eficácia ... 403
A singularidade da norma básica ... 404
A natureza ficcional ou hipotética da norma básica destrói a pureza da teoria de Kelsen? ... 405
Outros problemas ... 407
Tendo despojado o Estado de toda importância mística, pode Kelsen oferecer alguma coisa que proporcione unidade social? Onde devem situar-se as garantias metafísicas? ... 408
De que modo a *Teoria Pura* de Kelsen ilumina o destino do positivismo jurídico? ... 410
Conclusão ... 412

13. O PONTO ALTO DO POSITIVISMO JURÍDICO: H. L. A. Hart e a teoria do direito como um sistema auto-referencial de regras ... 417
O conceito de direito: jóia da teoria jurídica moderna ou testamento de sua época? ... 417
A estrutura de *O conceito de direito* ... 420
As críticas de um modelo da teoria imperativa com base na leitura de John Austin por Hart ... 421

Até que ponto o ensaio de sociologia descritiva de Hart realmente constitui uma narrativa da funcionalidade do direito? 428
A solução insatisfatória de Hart para o legado de Wittgenstein 436
A existência formal do sistema jurídico 438
O aspecto interno das regras e a questão da obediência 440
A estrutura da teoria analítica do direito de Hart 440
Hart e o conteúdo mínimo do direito natural 447
Hart e a teoria do raciocínio jurídico: um meio-termo entre formalismo e ceticismo acerca das regras? 452

14. LIBERALISMO E A IDÉIA DA SOCIEDADE JUSTA NA MODERNIDADE TARDIA: uma leitura de Kelsen, Fuller, Rawls, Nozick e dos críticos comunitários 457

I. Kelsen e a tensão entre as teorias dinâmicas e estáticas da justiça 457
A interação de justiça, felicidade e autenticidade 457
Kelsen e a defesa da justiça dinâmica em oposição às tradições de justiça estática 458

II. Lon Fuller (1902-1978) e a idéia de uma justa metodologia do legalismo 460
Fuller e a tentativa de fazer uma exposição finalística da legalidade 460
A moralidade interna específica do direito 464
A comunicação como princípio-chave a ser assegurado pela legalidade liberal 466

III. John Rawls e uma teoria da justiça 468
Rawls coloca a questão da legitimidade no primeiro plano da vida social moderna 468
Como base da concordância com os princípios de justiça, Rawls substitui o modelo utilitarista do espectador ideal pela idéia de concordância em sujeitar-se a decisões tomadas por trás de um véu de ignorância 470
Os princípios de justiça 471
Rawls e a idéia de crescimento razoável: o equilíbrio entre desenvolvimento e respeito moral 473

IV. Robert Nozick e a filosofia radical do mercado livre 474
Nozick como exemplo de libertarismo filosófico 474
O que é a idéia de Estado mínimo de Nozick e por que ele afirma tratar-se do único Estado que se pode justificar? 476
Argumentos com base na justa aquisição 479
Problemas contraditórios com o princípio de retificação 482
A fragilidade da posição libertária 483

V. Exemplos da crítica comunitária das teorias liberais de justiça 486
A análise crítica de Michael Sandel 486
Charles Taylor e a acusação do atomismo 487
Alasdair MacIntyre e a tentativa de redescobrir a virtude 488
O deslocamento comunitário do debate sobre a respectiva prioridade do justo e do bem 491
Poderá Rawls responder à crítica comunitária? 492

15. RONALD DWORKIN E A LUTA CONTRA O DESENCANTO: ou o direito na ética interpretativa da filosofia do direito liberal 495
Introdução 495
Digressão: o destino da sociedade transparente? 497
Qual é, para Dworkin, o objetivo de sua metodologia interpretativa da filosofia do direito? Tornar coerente um conjunto de práticas intencionais ou criar uma nova metanarrativa para os tempos pós-modernos? 499
A crítica do positivismo jurídico e a teoria hartiana do raciocínio jurídico 503
Há uma resposta certa inerente à "gramática" da argumentação jurídica? 505
A teoria inicial de Dworkin sobre a prática judicial voltada para a coerência com base em princípios 508
Dworkin e o desenvolvimento da idéia dos direitos 510
O direito como prática aberta da integridade: os sonhos de *O império do direito* 512
Filosofia do direito e atitude judicial 517
O direito como projeto inconcluso: o papel judicial e a escrita de um romance em cadeia 517
Objeções e críticas a Dworkin 521
A interpretação revisitada, ou: Será Dworkin um imperialista interpretativo? 522
A metafísica inspiradora de Dworkin: a política do comunitarismo baseado em princípios 533

16. CETICISMO, DESCONFIANÇA E O MOVIMENTO DOS ESTUDOS JURÍDICOS CRÍTICOS 535
Prólogo: uma reflexão sobre a inocência e o conhecimento escolástico 535
A destruição da inocência: o voltar-se para outros conhecimentos 538
Origens do movimento dos estudos jurídicos críticos 540
A importância de uma postura de ceticismo e frustração diante da corrente principal da educação jurídica 541
A problematização do progresso social e a humanização da teoria jurídica 544
Para os estudos jurídicos críticos, as táticas válidas incluem a personificação da razão (ou da racionalidade) do texto e a criação da instabilidade e da ambigüidade no texto 547
Objetivos essenciais do movimento dos estudos jurídicos críticos 548

O liberalismo jurídico visto como representante de uma forma específica de política 549
Duncan Kennedy e a idéia de contradição fundamental 555
Comparação com o discurso de Patricia Williams sobre os direitos 556
Revendo a contradição fundamental, ou: O movimento CLS pode fugir à necessidade de ser racional? 558
Manter a crença nas metanarrativas, ou: O que a política de transformação significa na obra de Roberto Unger? 558
O que colocar no lugar dessas idéias rejeitadas? 565
Conclusão 566

17. COMPREENDER A FILOSOFIA DO DIREITO FEMINISTA 571
Introdução 571
As questões básicas incluem a dominação, o patriarcalismo e senso de justiça da mulher 572
Como a filosofia do direito feminista procura abordar essas questões? 576
A metodologia feminista 578
Escolas e períodos da escola da "filosofia do direito" feminista 579
Temores feministas e utopia 606
Subjetividades múltiplas: o impacto do feminismo afro-americano ou de crítica racial 608
Feminismo pós-moderno 611

18. OBSERVAÇÕES FINAIS ou reflexões sobre as tentações da filosofia do direito na pós-modernidade 615
Fim de jogo: A ambigüidade do pós-moderno? 615

Bibliografia 631
Índice remissivo 647

Para
Juliana Georgiadis

Prefácio

O presente livro reflete minha experiência como professor de direito no Queen Mary and Westfield College (QMW) e no Programa Externo da Universidade de Londres, tanto na Inglaterra quanto na Malásia. Seu início remonta a uma Páscoa em Atenas, quando eu me dedicava à leitura de todo um ciclo de conferências proferidas por John Austin entre 1828-32, em Londres. Depois de fundamentar minha opinião anterior em fontes secundárias – em particular em *Concept of Law* (1961), de H. L. Hart –, o encontro com as palavras do próprio Austin foi ao mesmo tempo um choque e uma fonte de perplexidade. Como Hart pudera ser tão limitado em sua leitura? Qual é o *status* do passado nas discussões contemporâneas sobre filosofias do direito? Como se pretendia que os alunos estabelecessem relações com problemas e debates contemporâneos se o que se lhes apresentava eram caricaturas de pontos de vista anteriores, em vez de um rico legado intelectual? Por que tantos textos esperavam que os alunos tomassem em sentido literal afirmações simplistas sobre o que autores anteriores haviam escrito?

Portanto, decidi produzir um texto que fosse uma introdução ao estudo da filosofia do direito, mas que ao mesmo tempo permitisse contextualizar a obra dos diferentes autores normalmente estudados nos cursos de filosofia do direito. Três anos depois, ainda não se dissipou meu sentimento de insatisfação e de uma aguda frustração. Em parte, meu próprio texto tornou-se o centro da frustração, uma vez que me dei conta da impossibilidade de escrever um livro que possa abrigar adequadamente ambos os projetos. Este livro é, sem dúvida, um meio-termo. Por um lado, é uma tentativa de oferecer um texto introdutório que possa orientar o leitor que deseja aprender alguma coisa sobre a natureza da filosofia do direito, e que seja fiel à cronologia e ao inter-relacionamento dos escritos acadêmicos. A este respeito, parte de seu objetivo é de natureza exegética; fazer uma exposição dos projetos e materiais de diversos autores e apresentá-los dentro de uma certa contextualização. Por outro lado, o livro é também uma narrativa particular do desenvolvimento do material; uma narrativa desenvolvida em termos do pré-moderno, da modernidade e do início da pós-modernidade.

O texto resultante é uma criação pessoal, e não pretende ter alcance universal. É possível que cada um de seus leitores tenha seus próprios pontos de vista sobre determinados autores que, em sua opinião, deveriam ter sido incluídos, ou que, al-

ternativamente, estão demasiado presentes ou ausentes devido à ênfase excessiva ou à pouca importância que atribui a aspectos de sua obra. Minha única defesa consiste em concordar: a tarefa é infinita, e o presente texto resulta de um esforço pragmático.

Em termos da produção deste livro sou especialmente grato a Terence Kelly, que não apenas ofereceu um incansável estímulo, como também empenhou-se na leitura dos rascunhos iniciais da maioria dos capítulos, mostrando-se de valor inestimável na transformação do que era incoerência desarticulada em coerência relativa. Roger Cotterrell e Peter Fitzpatrick leram versões posteriores de vários capítulos e fizeram comentários extremamente úteis. Rupert Chandler revisou as provas da maioria das versões definitivas. Também sou grato a Stephen Guest por seu apoio e por ter.me apresentado, anos atrás, a um guia inédito à obra de Kelsen. Minha pesquisa contou com a ajuda temporária de uma pequena subvenção do External System Research Fund, administrado pelo Instituto de Estudos Jurídicos Avançados de Londres, e também de uma subvenção da Faculdade de Direito do QMW. A Editora Cavendish demonstrou, uma vez mais, que é um prazer estar envolvido em seus projetos editoriais, e deixo aqui meus agradecimentos a Kate Nicol, Jo Reddy e Sonny Leong. A responsabilidade por quaisquer erros, porém, continua sendo minha.

Este livro foi escrito em Londres, Atenas e Kuala Lumpur, e cada um desses lugares deixou sua marca. A exposição provém da revisão geral, muitos anos atrás, do curso de filosofia do direito do QMW, bem como da resposta de sucessivas gerações de alunos aos quais a filosofia do direito pareceu assustadora de início, mas estimulante no decorrer dos cursos. Neste momento, quando o governo conservador britânico parece determinado a recusar os recursos adequados a um sistema universitário de primeira linha, professores e funcionários se vêem mais que nunca diante de grandes dificuldades. É maravilhoso que a atmosfera da Faculdade de Direito do QMW tenha permanecido favorável e acolhedora. Pude contar com o irrepreensível profissionalismo de todo o corpo docente, bem como com a capacidade organizacional de Sophia Oliver e Julie Herd em particular. A vários alunos de Kuala Lumpur, devo a esperança de que o material de um curso de filosofia do direito, necessariamente complexo, possa ser apresentado de maneira relevante e compreensível sempre que a tal intento se aplicar a energia e o entusiasmo devidos. Em nível mais pessoal, Elespeth e Stuart MacKenzie (sem esquecer de James) ofereceram-me sua hospitalidade em Kuala Lumpur, Johti Ram patrocinou a produção do texto de uma versão anterior de minhas aulas (publicada como *Elements of Jurisprudence*) e participou de vários encontros agradáveis e estimulantes no bar Bull's Head, e Annup Sidhu foi providencial em sua insistência em que o projeto fosse levado avante. Ainda assim, esse projeto só veio realmente a concretizar-se graças à calma, sabedoria a compreensão que encontrei em Atenas.

Para concluir, retomo a queixa que de início dirigi à obra de Hart. Apesar de admitir que recorreu aos livros de outros autores, Hart declarou que seu texto não seria uma apresentação dos pontos de vista deles. Esperava "que esta disposição possa desencorajar a crença de que um livro sobre teoria jurídica seja basicamente um livro no qual as pessoas aprendam aquilo que outros livros contêm. Na medida em que tal crença for sustentada pelos que escrevem, pouco progresso será feito relativamente ao tema; e, na medida em que for sustentada pelos que lêem, o valor educacional do tema permanecerá insignificante" (prefácio de *Concept of Law*, 1961). Trata-se de um ponto de vista meritório, mas que também incentiva uma nova ignorância. Sem dúvida, é fácil escrever um livro didático que não se coloca como mera repetição do que foi afirmado por outros, sobretudo se isso desestimula o leitor a ler os "outros" para verificar o que realmente afirmaram. E não devemos nos esquecer de que a escrita desses "outros" foi, por sua vez, também o resultado de um projeto. O presente texto é uma espécie de "projeto contrário". O fato de "nós" termos passados que são multifacetados e complexos, e de "nós" sermos o resultado de histórias tão diversas que nenhuma escola ou conjunto de projetos pode abrangê-las, é simplesmente a "nossa" "realidade". Em essência, o destino da humanidade é continuar sendo um mistério para nós mesmos, mas isso não deve significar que não devamos nos envolver em processos de articulação, memória e discussão. Este texto não é um manual que expõe a verdade da filosofia do direito – nenhum texto assim é possível. Contudo, se incentivar o leitor a olhar para muitos escritores do passado com renovado interesse, se estimular o surgimento de questões e de novos debates, terá tido êxito em seus limitados objetivos.

WAYNE MORRISON
dezembro de 1996

Capítulo 1

O problema da filosofia do direito ou de dizer a verdade do direito:

um mergulho em questões recorrentes?

> Por que os filósofos se perguntam sobre o sentido de palavras tão comuns? (...) Por terem-no esquecido? (L. Wittgenstein, citado em Redpath, 1990: 82)

O direito, diz o juiz com olhar de desprezo,
Falando com clareza e grande severidade,
O direito é o que eu já lhes disse antes,
O direito é o que suponho que vocês saibam,
O direito é o que vou explicar mais uma vez,
O direito é O direito.
(W. H. Auden, *Collected Poems*, 1976: 208)

> Teremos, em nossa própria época, uma resposta à pergunta sobre o que realmente queremos dizer com a palavra "ser"? De modo algum. Convém, portanto, que recoloquemos *a questão do significado do Ser*. Mas estaremos hoje, ao menos, perplexos diante de nossa incapacidade de compreender a palavra "Ser"? De modo algum. Em primeiro lugar, portanto, devemos redespertar o entendimento do sentido de tal pergunta. (Heidegger, *Being and Time* [Ser e tempo] [1929] 1962: 1)

O CAMPO DE INTERESSE DA FILOSOFIA DO DIREITO OU O QUE SIGNIFICA PERGUNTAR "O QUE É O DIREITO?"[1]

O filósofo lingüista Ludwig Wittgenstein (1889-1931) acreditava que nos indagamos sobre o significado das palavras para podermos nos orientar melhor nas tarefas práticas de nossas vidas. Ele também argumentava que o estudo de nosso uso da linguagem logo nos mostrava a grande complexidade de nossa vida social. A incerteza é quase sempre o resultado obtido quando procuramos respostas significa-

1. Um livro sobre a filosofia do direito escrito em meados da década de 1990 não pode começar de um jeito que não seja polêmico. São tantas as perspectivas e as diferentes maneiras de colocar as questões que não se pode presumir que uma abertura seja o modo normal ou natural de iniciar. Na verdade, pode-se estabelecer uma distinção básica entre ver o objeto de análise como uma entidade – como o direito parece ser tradicionalmente visto – ou como uma atividade. No segundo exemplo, ver o direito como um objeto de análise pode parecer excessivamente reducionista. Talvez seja preferível recorrer a uma terminologia diferente, como "legalismo", que passa mais facilmente a idéia de um campo variável de práticas e ideologias sociais.

tivas a perguntas que na superfície parecem simples. O mesmo acontece com a filosofia do direito. Em seu sentido mais simples, a filosofia do direito pode ser definida como o *corpus* de respostas à pergunta "o que é o direito?" Tal definição, porém, é enganosamente simples – e haverá uma resposta com a qual todos se ponham imediatamente de acordo? Se o assunto é assim tão simples, contudo, por que a pergunta vem sendo feita pelo menos desde a época dos gregos clássicos, cerca de 2.500 anos atrás, e ainda não se chegou a uma resposta definitiva à pergunta "o que é o direito?"

Em termos mais amplos, a filosofia jurídica pode ser definida como a sabedoria em matéria de direito, ou como o entendimento da natureza e do contexto do "empreendimento jurídico"[2]. Essa definição muda o enfoque, que então se volta para uma instância em que não estamos apenas perguntando "que empreendimento é esse?" e "como responder à pergunta sobre o que é o direito?", mas também tentando compreender que tipos de coisas estão em jogo quando fazemos essas perguntas. O primeiro ponto a ressaltar pode parecer enganosamente óbvio: existem muitas maneiras de entender o tema básico. O direito é uma entidade autônoma ou é um processo, um conjunto de processos ou, talvez, um fenômeno social complexo? A legalidade é um modo de pensar? Ou será a capacidade de prever o resultado das ações judiciais? O direito é uma atitude argumentativa? Na verdade, tem sido chamado de todas essas coisas, e muito mais. Portanto, nossa concepção mais ampla da filosofia do direito não deve ficar restrita a uma ou outra idéia sobre o direito, mas sim perguntar-se como é possível haver tanta diversidade.

A NECESSIDADE DE REFLEXIVIDADE?

Em outras palavras, procuramos nos conscientizar não apenas dos tipos de questões que são colocadas pelas diferentes respostas à pergunta "o que é o direito?", ou "qual é a natureza do empreendimento jurídico?", mas tentamos entender as condições e os estímulos que, na verdade, levam à colocação de tais perguntas e impulsionam nossa necessidade de chegar ao significado. Esse tipo de auto-indagação é freqüentemente chamado de *reflexividade*; a reflexividade é o processo mediante o qual a ação de perguntar se volta para aquele que pergunta ou para as convenções da tradição na qual o questionamento ocorre, em uma tentativa de tornar-se mais consciente de si mesmo.

2. Tomo a etimologia de *jurisprudence** do latim *juris*, direito, e *prudentia*, sabedoria, ciência. Portanto, entendo a filosofia do direito como a busca da ciência ou sabedoria do direito, ou o entendimento prudente do direito. Ao empregar a terminologia de "empreendimento jurídico" sigo Beyleveld e Brownsword (1986), que por sua vez foram buscar esse sentido no *dictum* de Fuller que vê o direito como "o empreendimento de submeter a conduta humana ao domínio das regras" (Fuller, 1969: 96).

* A palavra inglesa *jurisprudence* significa filosofia ou ciência do direito. (N. do T.)

A reflexividade é, porém, problemática, uma vez que convida a um processo de questionamento infinito. Uma vez que isso esteja claro, é óbvio que nenhuma exposição total ou final desses processos pode ser legitimamente oferecida – sempre poderia haver outro modo de contar a história, outro item a ser levado em conta. Todas as exposições enfatizam certas características e negligenciam outras.

Haverá algum modo que nos permita estabelecer diretrizes claras a respeito do tipo de matérias que se possam adequadamente chamar de filosofia do direito, e de quais, dentre suas abordagens possíveis, podemos considerar relevantes ou irrelevantes? Até bem pouco tempo, a filosofia jurídica ocidental era dominada por uma filosofia do direito específica – pelo *positivismo jurídico* –, com as abordagens contrastantes das tradições do *realismo jurídico* ou do *direito natural*. Hoje, porém, aumentou dramaticamente o alcance do material incluído nos cursos de filosofia do direito, ou naqueles em que os interesses são claramente afins; além do mais, o campo tornou-se tão litigioso e dividido que a filosofia do direito parece não ter nenhuma estrutura estável, nem consenso algum a respeito de sua natureza ou área de estudo. O que tudo isso indica? Estaremos diante de um sinal de progresso ou de uma indicação de fracasso em áreas-chave? Como podemos saber?

O mergulho na leitura de obras de filosofia do direito é uma luta pela autoconsciência, por algum grau de transparência quanto à natureza do direito e aos projetos sociais que envolvem o uso do direito. Levados por nossa preocupação com a reflexividade, entendemos que, para julgar a qualidade de nossa consciência, precisamos levar em consideração os pressupostos da análise; não apenas entender as diferentes metodologias utilizadas na busca do conhecimento sobre o direito, mas também refletir sobre as diferentes razões pelas quais é importante procurar respostas à pergunta sobre o que é o direito. Deparamo-nos, também, com o problema da contextualidade: podemos fazer a pergunta "o que é o direito?" (e propor uma definição ou um modelo que então possam ter sua discussão aprofundada) independentemente das circunstâncias sociais e históricas específicas, ou a pergunta será sempre feita no âmbito de um ou outro contexto, e a resposta irá então depender desse contexto? Portanto, ao discutir as diferentes respostas e tentar adquirir conhecimento sobre o direito, precisamos ser solidários com a contextualidade do próprio empreendimento da filosofia jurídica? Quanto às metodologias, elas aperfeiçoam as diferentes perspectivas ou servem apenas para a criação de outras? Parece que somos convidados a vagar indefinidamente por um labirinto intelectual. Logo, porém, vemo-nos forçados a voltar à pergunta básica. O direito é um fenômeno único, ou existe uma variedade de fenômenos diversos vagamente agrupados sob o rótulo "direito"? E, em termos reflexivos, que fazer desses projetos que colocam exatamente essas perguntas? Qual a metodologia adequada para se assegurar de que nossa iniciativa de abordar a jurisprudência é consciente de si mesma?

A segunda e a terceira citações com as quais este capítulo se inicia ilustram atitudes opostas diante dos fenômenos sociais. Na segunda, o poeta Auden apresenta, através da figura do profissional das leis, uma concepção do direito para a qual

a lei simplesmente "é", o que torna sua definição relativamente fácil e evidente por si mesma. O direito é autônomo, podemos vê-lo como auto-sustentável e, a despeito do modo como veio a existir – por exemplo, podemos ter consciência de sua criação histórica por meio da política do poder –, a partir do momento em que existe tem algum tipo de forma essencial que podemos descrever. Modernamente, a filosofia jurídica anglo-americana tem feito grandes esforços para desenvolver uma ciência do direito que tenha por base o pressuposto de que o direito tem algumas características e formas comuns passíveis de identificação, e que isso pode ser clara e objetivamente identificado; ou o direito existe numa área específica, ou não existe direito cobrindo a área. Para essa concepção, que costuma ser chamada de *positivismo jurídico*, a pergunta "o que é o direito?" *deve* ser vista como uma pergunta que pode ser respondida por alguma definição relativamente simples que ofereça uma resposta confiável (como, por exemplo, o direito é o poder do Estado ou um conjunto de regras) que, por sua vez, nos permita criar algum processo para o reconhecimento do direito válido[3]. Depois de fazer da definição do direito uma questão relativamente simples, as abordagens do positivismo jurídico em geral se voltam para a descrição do mecanismo para o reconhecimento do direito. Outro ponto importante é a questão independente, ainda que análoga, da análise do contexto do direito (i.e., as diferentes doutrinas e conjuntos de relações jurídicas). A questão de saber o que deve ser o direito é uma outra questão?[4] Antes de examinar a última das citações que abrem este capítulo, convém apresentar uma idéia mais clara da natureza do positivismo jurídico, uma vez que se trata da tradição dominante na jurisprudência moderna.

O POSITIVISMO JURÍDICO COMO TRADIÇÃO DOMINANTE NA JURISPRUDÊNCIA MODERNA

Positivismo jurídico é um rótulo que abriga um conjunto de abordagens afins do direito que dominaram a jurisprudência ocidental nos últimos 150 anos. O uso de

3. O termo *deve* é, aqui, empregado deliberadamente. Existe um argumento "moral" em favor do positivismo jurídico, e a facilidade de identificação não é apenas um efeito colateral epistemológico; é também um efeito desejado. No início do clássico moderno *The Concept of Law*, de H. L. A. Hart, este autor discute a amplitude dos esforços que se tem consumido na tentativa de definir o que é o direito. Hart sugere não apenas que tal esforço seria mais bem utilizado para elucidar nossa compreensão das diferentes categorias do direito, mas também que, ao mantermos a simplicidade de nosso processo de identificação do direito, estamos preservando nossas idéias críticas e morais cotidianas para poder decidir se determinadas leis são boas ou más do ponto de vista moral. Vários comentaristas se referem a isso como a "tese da cidadania crítica", ou a conveniência de manter a questão de identificar a existência do direito separada da questão de julgar o valor moral do direito.

4. Dois dos mais famosos entre os primeiros expoentes do positivismo jurídico, Jeremy Bentham (aqui discutido no capítulo 8) e John Austin (discutido no capítulo 9) diferenciam *filosofia jurídica exposicional* de *filosofia jurídica censorial*, ou *ciência do direito* de *ciência da legislação*.

tais rótulos implica sempre a inclusão de alguns projetos e respostas diferentes à pergunta "o que é o direito?", mas, em termos gerais, o positivismo jurídico tem afirmado dois elementos definidores fundamentais: (i) o direito é uma criação humana, é "posto" pelo homem de alguma maneira; por exemplo, pela vontade expressa de governantes políticos – o soberano – através de um processo de legislação; (ii) o direito pode ser estudado e bem compreendido mediante a adoção da metodologia desenvolvida pelas chamadas ciências "naturais" ou "físicas" nos séculos XVIII e XIX, o que se conhece como abordagem positivista; em nome da objetividade, essa abordagem procurava eliminar todas as considerações subjetivas que pudessem envolver o pensamento do cientista. Após a coleta dos dados apropriados – em geral, os conceitos com os quais o legalismo trabalhava –, uma metodologia puramente analítica parecia ideal para decompor os objetos de modo que lhes desse uma forma manipulável, e o cientista jurídico devia ter o cuidado de impedir que seus valores se introduzissem na investigação.

Nos últimos anos, o positivismo jurídico perdeu seu domínio anterior sobre a filosofia do direito, em parte porque, para concretizar-se, seus projetos de análise conceitual dependiam de que se questionasse a integridade do empreendimento jurídico, e porque careciam de consciência social quanto à eficácia social do direito. Seus críticos também afirmaram que, em vez de ser uma abordagem do direito não submetida a valores, é em si mesmo uma abordagem carregada de valores, refletindo um determinado conjunto de pressupostos que, por sua vez, nos levam a refletir sobre o direito de uma maneira específica[5]. Os projetos contrastantes de diferentes autores assumem uma nova aparência quando os vemos como criações históricas em vez de tratá-los como se todos se preocupassem em lidar com alguma forma essencial comum e pura, alguma entidade transistórica. Comentaristas de viés sociológico como Cotterrell (1989), por exemplo, enfatizaram que muitas das chamadas características contraditórias da filosofia do direito e dos estudos sociojurídicos podem ser explicadas pelo simples – porém habitualmente ignorado – fato de que diferentes autores têm se engajado em diferentes projetos e, por esse motivo, empregado metodologias desiguais com considerações distintas em mente. O direito não é algum fenômeno estável ou essencialmente transistórico, mas sim fenômenos empíricos diferentemente constituídos em contextos socioistóricos variáveis. Não se trata apenas da questão de que o fato de fazer perguntas diferentes

5. Uma crítica moderna importante foi a de Judith Shklar (1964: 3) em *Legalism*: "O isolamento deliberado do sistema jurídico – o tratamento do direito como entidade social neutra – constitui uma requintada ideologia política, a expressão de uma preferência (...). Aqui, um sistema jurídico pode ser tratado como alguma coisa 'além', uma entidade a ser analisada somente se a considerarmos em termos puramente formais, mesmo quando não tiver a estática atemporalidade realmente necessária a tal empreendimento (...). O formalismo cria esse 'estar além' porque seus partidários pensam que um sistema jurídico deve estar 'além' para poder funcionar adequadamente. Para estar 'além', deve ser auto-regulador, imune às pressões imprevisíveis de políticos e moralistas e conduzido por um judiciário que pelo menos tente manter a famosa cegueira da justiça. É por isso que é visto como uma série de regras impessoais que se harmonizam entre si."

leva a respostas desiguais, mas de que uma variedade de perspectivas pode ser uma conseqüência da diversidade e variação inerentes ao material de pesquisa básico. Assim, a variação das respostas propostas à pergunta "o que é o direito?" pode ser nem tanto a prova de que alguns autores estejam certos e outros errados, mas um forte indício da riqueza das perguntas e perspectivas existentes quando se examina a questão do direito e da legalidade através da riqueza da história.

De que forma esses autores que se viam como positivistas jurídicos definem a tradição? No final da década de 1950, H. L. A. Hart (considerado pela maioria como o principal positivista jurídico dos tempos modernos) fez um resumo de vários princípios possíveis do positivismo jurídico:

(1) o argumento de que as leis são comandos de seres humanos;

(2) o argumento de que não há ligação necessária entre direito e moral, ou entre o direito como ele é e como deveria ser;

(3) o argumento de que a análise (ou o estudo do significado) dos conceitos jurídicos é (a) uma busca válida e (b) distinta das indagações históricas sobre as causas ou origens do direito, das indagações sociológicas sobre a relação entre o direito e outros fenômenos sociais, e da crítica ou avaliação do direito, quer em termos de moral, objetivos sociais ou "funções", quer em outros termos quaisquer;

(4) o argumento de que um sistema jurídico é um "sistema lógico fechado" no qual as decisões jurídicas corretas podem ser inferidas, por meios lógicos, a partir de regras jurídicas predeterminadas sem referência a objetivos sociais, políticas e critérios morais; e

(5) o argumento de que os juízos morais não podem ser emitidos, ou defendidos, como o podem as afirmações de fatos, por meio de argumentação racional, evidência ou prova ("não-cognitivismo" em ética) (Hart, 1957-58: 601-602).

Um elemento central do positivismo jurídico é o entendimento de que o direito moderno – o direito positivo – é algo posto por seres humanos para fins humanos. Desse modo, o direito moderno pode ser visto como um importante instrumento. É variadamente apresentado como um instrumento de poder governamental, ou simplesmente como um instrumento para facilitar uma interação social básica e apresentar as condições para que os indivíduos possam celebrar contratos, fazer testamentos, transferir propriedades, recorrer a instituições públicas etc. Além disso, um princípio fundamental do positivismo jurídico é aquele segundo o qual as leis de qualquer sociedade podem refletir opções morais e políticas, mas não há nenhuma ligação necessária ou conceitual entre direito e moral. O direito não precisa ser moral para ter sua validade reconhecida[6]. Como afirmou John Austin – amplamente

6. Essa questão é quase sempre mal compreendida. Os estudiosos que defendem as abordagens positivistas reconhecem que, empiricamente, o direito é produto de processos sociais, políticos e morais, mas argumentam que a idéia ou o conceito de direito podem ser analisados independentemente da moralidade. O direito pode ser imoral ou moral; injusto ou justo; repressivo ou socialmente progressista.

reconhecido como o fundador da tradição acadêmica do positivismo jurídico – em conferências publicadas no início da década de 1830: "a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra". Essa "tese da separação" é crucial em outro elemento do positivismo; o direito deve ser identificado mediante o uso de uma metodologia relativamente simples (em geral empirista). A existência do direito era uma questão factual cuja resposta dependia da observação, e não de um complexo processo de interpretação e avaliação moral[7]. Para determinar a legalidade da promulgação de uma lei, por exemplo, bastava apenas proceder a um teste de origem *de facto*. Isso ressalta uma importante característica do positivismo jurídico: era uma filosofia jurídica profundamente interessada em reforçar o uso do direito como um instrumento do Estado moderno. Como veremos no capítulo 4, na obra de Thomas Hobbes, que lançou as bases sobre as quais Austin criaria a moderna abordagem do positivismo jurídico, a essência da indagação intelectual rejeita a idéia de qualquer outro ser transcendental – Deus – como autor supremo do ideal puro ou justo do direito. Em vez disso, a preocupação é transferida para a autoridade do Estado. A partir de Hobbes, a soberania passa a ser um conceito-chave (em Bentham e Austin, por exemplo)[8], ainda que, à medida que as sociedades ocidentais modernas se transformam em estruturas sociais administradas pela burocracia, os "funcionários" substituam o soberano como imagem central da autoridade (por exemplo, na obra de H. L. A. Hart, 1961, e Ronald Dworkin, 1978, 1986; ver, respectivamente, capítulos 13 e 15 deste livro). Contudo, ao associar o direito a seu papel institucional e instrumental de servo do Estado, o positivismo jurídico esteve sempre correndo o risco de tornar-se uma metodologia sem alma. Pois como poderia haver uma essência do direito se este perdesse sua ligação pré-moderna com um significante transcendental, transformando-se em nada além de um instrumento humano mutável? Isso não significaria que existem tantos tipos de (não-) direito quanto de formas de organizações humanas/sociais? O pluralismo jurídico foi sempre o "outro" do direito de Estado[9].

7. Como afirma Joseph Raz (1979: 37): "Nos termos mais gerais da tese positivista jurídica, o que o direito é e o que não é não configura uma questão de fato social (isto é, a variedade de teses sociais defendidas pelos positivistas representa diferentes refinamentos e elaborações dessa formulação sumária)."

8. Outra influência intelectual importante foi o jurista francês Bodin. Ver Skinner (1978, Vol. 2: 284-301); Franklin (1963).

9. De fato, o positivista jurídico clássico – John Austin (1832, 1873) – se deu conta disso. Sua posição era consciente do pluralismo jurídico, e sua teoria era por ele especificamente chamada de "direito positivo", ou direito como técnica de dominação política. Austin reconhecia a existência de um conjunto de processos não estatais que operavam de modo que fortalecesse o direito do Estado, mas outros não tiveram a mesma sutileza. Em quase todos os livros didáticos de direito, a teoria de Austin é apresentada como se fosse uma teoria do direito, de todo o direito. Depois de fazerem tal afirmação, os críticos posteriores podem facilmente comprometer a imagem de Austin, apresentando-a como nitidamente simplista.

EMBORA O POSITIVISMO JURÍDICO TENHA DOMINADO AS PERSPECTIVAS MODERNAS, EXISTE ATUALMENTE UMA PLURALIDADE DE PERSPECTIVAS PÓS-POSITIVISTAS: NA PÓS-MODERNIDADE, É ESSE O PROBLEMA DE SE FAZER A PERGUNTA SOBRE O QUE É O DIREITO

O positivismo parecia oferecer uma metodologia relativamente simples para se identificar o direito. Por outro lado, na terceira das citações que abrem este capítulo Heidegger introduz a idéia de que qualquer fenômeno social é capaz de interpretações diferentes e multifacetadas[10]. *A questão do verdadeiro ser – qual a natureza de X? – não pode ser reduzida a uma perspectiva a não ser por meio de um ato de dominação intelectual de parte daquela perspectiva ou metodologia em detrimento de outras.* Substitua-se a palavra "ser" pela palavra "direito", e a segunda das citações iniciais do capítulo ficará assim:

> Teremos, em nossa própria época, uma resposta à pergunta sobre o que realmente queremos dizer com a palavra "direito"? De modo algum. Convém, portanto, que recoloquemos *a questão do significado do "direito"*. Mas estaremos hoje, ao menos, perplexos diante de nossa incapacidade de compreender a palavra "direito"? De modo algum. Em primeiro lugar, portanto, devemos redespertar o entendimento do sentido de tal pergunta.

É esse o paradoxo – o de que não temos um sentido estabelecido para a palavra "direito", mas ainda assim passamos pela vida sem a necessidade de tal sentido estabelecido – que serviu de inspiração para *The Concept of Law* (1961), de H. L. A. Hart. A falta desse sentido ajuda a "deixar tudo como é" (parafraseando o filósofo lingüista Wittgenstein, em cuja obra Hart fundamentou sua metodologia filosófica) e torna possível aceitar a definição oficial ou burocrática do direito como a "verdade" do direito com a qual se pode contar para todos os fins práticos. Porém, qualquer pergunta sobre fenômenos sociais – aqui, o direito – é também uma pergunta sobre a realidade social e nossa capacidade de conhecê-la.

10. O filósofo alemão Martin Heidegger julgava necessário redespertar em nós o sentimento de admiração diante do fato mesmo de nossa existência. Não cogitamos da não-existência, uma vez que damos por certo que existimos. Para viver, devemos aceitar o fato de nossa existência; ainda assim, os processos de refletir ou submeter nosso ser a uma inquirição sempre perscrutadora constituem a essência da vida humana plenamente desenvolvida, e indagar-se sobre seu significado é a questão central da existência cultural. Heidegger pergunta: se vivermos sem questionar o significado de nossa vida, não estaremos simplesmente seguindo o padrão das criaturas instintivas que nos cercam? Em outras palavras, não será tarefa central do intelecto humano o perguntar-se sobre nossa própria existência, eternamente questionando sua natureza, tentando ver para além do comum e do familiar, em busca do essencial?

Realismo jurídico

Pelo menos desde a época em que O. W. Holmes (1897) afirmou que, para "dizer o que é, de fato, o direito", ou para encontrar sua "verdade", precisamos olhar para o "direito em ação"; ao contrário do que pressupõe a análise doutrinária do "direito nos livros", existe uma tradição do *realismo jurídico* que procura estabelecer o direito como parte integrante de um mundo social inevitavelmente complexo. Nessa tradição, dizer a "verdade do direito" é parte integrante do dizer a "verdade da realidade social". Porém, se os eruditos esperavam que, ao adotarem o realismo jurídico, encontrariam um conjunto de respostas sobre a verdadeira natureza do direito, na verdade o fato de situarem o direito na sociedade serviu para complicar, em vez de simplificar, as definições antagônicas das formulações auto-referenciais do positivismo jurídico.

O acréscimo de perspectivas sociológicas

Já faz algum tempo que a sociologia vem destruindo aos poucos a confiança dos juristas acadêmicos em dizer a "verdade" da jurisprudência. O Karl Marx da maturidade (aqui discutido no capítulo 10) via a ciência jurídica do advogado como ideologia ou retórica superficial. Enquanto os teóricos sociais de tradição marxista tentavam denegrir a filosofia do direito como uma ideologia do sistema capitalista, eruditos menos críticos como Roscoe Pound (1943) tentavam ir além da ciência jurídica, em busca dos "interesses sociais" do direito, e estudiosos influenciados pela obra do teórico social alemão Max Weber (que fez ligações entre a modernização da legalidade e a racionalização da sociedade moderna; ver discussão no capítulo 11 deste livro) diferenciaram os tipos de conhecimento oferecidos pelas diferentes disciplinas e mostraram-se propensos a descrever a filosofia jurídica como o discurso dos e para os profissionais do direito, o que permitia que a "profissão" se explicasse a si própria e a seu público. Os autores influenciados pela tradição weberiana, entre eles Cotterrell (1989), fazem distinção entre "teoria jurídica normativa" (ou ciência jurídica segundo a concepção tradicional – i.e., como filosofia do direito –, que a considera ligada aos interesses da advocacia) e "teoria jurídica empírica" (ou de extração mais sociológica). Em obra posterior (1995), Cotterrell insinua que qualquer afirmação que a jurisprudência tradicional possa fazer, no sentido de conter a verdade do direito, é inconseqüente diante das afirmações rivais de natureza sociológica.

O apelo das descrições sociológicas encontra-se na imagem de distanciamento crítico do material analisado

A vantagem das descrições sociológicas sobre as perspectivas daquelas "afinadas" com o processo jurídico está na distância. Através da sociologia é possível tan-

to interpretar quanto associar as idéias e percepções subjetivas dos agentes jurídicos no âmbito das descrições contextualmente mais amplas. Em termos reflexivos, porém, todas as teses sociológicas são as narrativas de seres humanos tentando "descrever como de fato é", ao mesmo tempo que estão inevitavelmente presas ao círculo hermenêutico de seres da mesma classe e categoria que interpretam as práticas e instituições criadas por outros seres humanos. Onde situar-se? Onde encontrar uma base sólida a partir da qual se possa, legitimamente, "descrever como de fato é"? É possível que a sociologia não tenha nenhuma base sólida que possa corrigir e (re)posicionar a jurisprudência tradicional de um modo que nos permita produzir uma interpretação fiel da história do direito, oferecendo não apenas uma resposta à pergunta "o que é o direito?", mas também a outras questões relativas às condições nas quais fazemos essa pergunta e oferecemos a(s) resposta(s).

Como vamos lidar com a diversidade da teoria? Ou, inversamente, o que fazer do anseio por uma teoria fundamental do direito?

Uma questão imediata e premente para o estudante de direito atual é a de saber como lidar com a diversidade das perspectivas teóricas do direito. A filosofia jurídica se volta para o esclarecimento, tem por objetivo nos tornar mais sábios no que diz respeito ao direito e à legalidade, mas a diversidade nos põe diante da ameaça de incoerência e confusão. Ou será esta a maneira errada de abordar o problema? Devemos abordar o estudo do direito a partir de outra direção, estimulando a diversidade de opiniões e perspectivas? Em qual caso poderia colocar-se a questão "o que fazer do anseio por uma teoria fundamental do direito?".

Ao longo da história, os que escreveram sobre o direito mostraram-se geralmente propensos a produzir uma descrição-mestra do direito, a oferecer um relato autorizado da verdade do direito. Um teórico chegou ao ponto de chamar sua teoria de *The Pure Theory of Law* [A Teoria Pura do direito] (Kelsen, 1934, 1970, discutido no capítulo 12 deste livro). Por que essa tendência a buscar unidade, coerência e consistência tem sido tão dominante, mesmo no caso de teóricos que se viam como cientistas claramente modernos? Alguns estudiosos (por exemplo Unger, 1976, 1987) sugeriram que a resposta encontra-se no medo; no medo da responsabilidade social que sobrevém se realmente encararmos o fato de que o direito é criação nossa, e que a sociedade moderna é um artefato. Para Unger (e outros), estaremos enganando a nós mesmos se pensarmos que nos tornamos modernos; na verdade, nunca fomos verdadeiramente modernos, e temos medo de nos tornar modernos. Em vez disso, procuramos substitutos para Deus para que possamos ser eximidos da responsabilidade de criar vínculos e relações sociais e zelar por eles. Assim, é possível que a busca de alguma disciplina-mestra – que revele a auto-suficiência do direito ou, por outro lado, destrua a imagem de (relativa) autonomia da legalidade em nome da explicitação da verdade de sua posição social – seja a busca de uma substituição da imagem transcendente que a modernidade conquistou quando levou a religião a passar de uma relação com "Deus" para uma mera prática social e cultural. A modernidade já se livrou de muitos candidatos a substituir Deus e proclamar as diferentes maneiras de interpretar a vontade divina. A modernidade tem procurado substituir a vontade de Deus pelo conhecimento do mundo natural (como John Austin afirmou explicitamente, o utilitarismo viria a fornecer um índice dos preceitos divinos). Uma tentativa atual e muito em voga é o movimento do direito e da economia (*cf.* Richard Posner, *The Economic Analysis of Law*, 4ª ed., 1992). Mas cada candidato tem seus rivais. As dimensões dessa pluralidade intensificaram-se no contexto das transformações sociais em que muitos situam o início da pós-modernidade.

CONFRONTANDO A MODERNIDADE: DE DWORKIN A *BLADE RUNNER*

As abordagens do positivismo jurídico afirmavam que o direito era um instrumento crucial para se governar as sociedades modernas. Para outras, o direito é mais que um instrumento. Exprime verdades sobre o tipo de sociedade que temos e as modalidades de compromisso público que fazemos. Qual interpretação é correta, ou as duas apreendem algum aspecto da legalidade? Nos termos de ambas, dizer a verdade do direito pressupõe, implicitamente, responder às perguntas "quem somos nós?" e "qual a natureza da época em que vivemos?". Trata-se, porém, de questões vastas e talvez insondáveis, que podemos compreender como inseparáveis companheiros de viagem durante a jornada histórica da humanidade. São perguntas que tiveram de ser feitas, e o foram, ao longo da história. Apesar de não serem freqüentemente explicitadas nos textos sobre filosofia do direito, estão sempre implícitas.

Todos os textos incorporam sonhos e esperanças, temores e análise; os textos de nossa situação contemporânea trazem consigo uma longa história. Examinaremos a seguir dois textos da década de 1980. O primeiro é extraído da introdução a uma obra fundamental de filosofia do direito escrita por Ronald Dworkin (1986) – um professor de filosofia do direito que ensina essa disciplina na Universidade de Nova York, nos Estados Unidos, e em Oxford, Inglaterra. Dworkin é discutido no capítulo 15 deste livro; nosso objetivo, aqui, é obter uma primeira impressão de sua retórica:

> Vivemos no direito e segundo o direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça: lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito. E discutimos os seus decretos, mesmo quando os livros que supostamente registram suas instruções e determinações nada dizem; agimos, então, como se o direito apenas houvesse sussurrado sua ordem, muito baixinho para ser ouvida com nitidez. Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer.

> Como se explica isso? Como pode o direito comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos? [A] resposta [é que] (...) o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis. Segundo esse ponto de vista, a estrutura e as restrições que caracterizam o argumento jurídico só se manifestam quando identificamos e distinguimos as diversas dimensões, freqüentemente conflitantes, do valor político, os diferentes fios entretecidos no complexo juízo segundo o qual, em termos gerais e após um exame de todos os aspectos, uma interpretação torna a história do direito a melhor de todas. (Ronald Dworkin *Law's Empire* [O império do direito], 1986: vii)

Para Dworkin, "nós" somos os produtos do direito, e nosso território é o *império do direito*. Somos os produtos de uma jornada histórica na qual a construção de uma estrutura do direito – um grandioso edifício de direitos e princípios – que sustenta nossas interações sociais é uma realização suprema. Nossas vidas contemporâneas e nossas identidades são planejadas e mantidas pela legalidade, e dela recebem a energia de que necessitam. Para insuflar vida no império, devemos dar o melhor sentido possível a nossa história e combinar todas as suas partes integrantes – algumas das quais desconexas – de modo que forme um todo reconfortante e engrandecedor. Ao longo desse processo, iremos ao mesmo tempo informar e assegurar nossa identidade social. Apresentaremos uma justificativa para a coerção que está por trás de nossas instituições, e também exigiremos que tal coerção seja moralmente legitimada. Através de uma ciência de direito filosófica e interpretativa, podemos encontrar respostas a questões de identidade, satisfazer nossa necessidade de identificação com nossas principais instituições sociais e estimular o desenvolvimento progressivo de nossa história jurídica sociopolítica. Podemos, então, saber o que fazer neste mundo pós-moderno[11].

O segundo texto é o filme *Blade Runner* de Ridley Scott, 1982, freqüentemente chamado de apogeu do cinema pós-moderno (ver, a propósito, Bruno, 1987; Harvey, 1990: 308-14; Vattimo, 1992: 83 ss.). *Blade Runner* passa-se em uma Los Angeles imaginária, em 2019. Um grupo de "replicantes", seres quase humanos criados pela bioengenharia que em geral vivem fora da cidade, retornaram para defrontar-se com seus criadores na Tyrell Corporation, uma organização de tecnologia de ponta. Os replicantes não aceitam a brevidade de seus quatro anos de vida programados – o máximo em termos de consumismo – e querem que lhes seja concedido o *status* humano integral. A Tyrell Corporation pode apenas dar-lhes uma resposta negativa: "Impossível. Vocês estão condenados a viver suas vidas programadas como simulacros de seres humanos, e seus sentimentos são todos falsos!" Deckard – o "*blade runner*" – é encarregado de caçar os replicantes e eliminá-los (ou "aposentá-los").

Os replicantes não são robôs, mas simulacros perfeitos que têm uma existência rápida e furiosa. Como vamos determinar se aqueles dos quais Deckard desconfia são ou não replicantes? Um deles, Rachel, produz uma foto de sua "mãe" que lhe permite ter um passado e uma história de vida verdadeiros, como se fosse humana. Isso leva Deckard a ligar-se emocionalmente a ela, e depois de eliminar os outros replicantes ele foge – ao menos na versão original, comercialmente distribuída do filme – com Rachel para a natureza; o filme termina com ambos a caminho de uma paisagem de florestas e montanhas. Por acaso, ela é especial e foi programada para viver indefinidamente; o cenário de montanhas e florestas parece oferecer o potencial para um estilo de vida capaz de dar a ambos a possibilidade de concretizar uma existência humana "real".

Blade Runner tem por cenário um espaço urbano decadente onde edifícios outrora grandiosos parecem ruínas situadas em ruas abarrotadas de pessoas e *shopping centers* nas quais edifícios incrivelmente altos – moradias para os ricos – erguem-se sobre ruas onde multidões de asiáticos circulam de bicicleta por entre bancas de camelôs. O lixo não coletado vai se acumulando, e há uma garoa que nunca pára. Nas décadas de 1980 e 1990, Los Angeles tornou-se um motivo recorrente para o imaginário da cidade pós-moderna, o lugar onde o futuro já se mostrava; contudo, se o cenário de *Blade Runner* é realmente Los Angeles, a cidade tornou-se agora uma megalópole poluída, superlotada e dominada por asiáticos. Cada canto é uma arena perigosa, cheia de pobres e marginais que remetem ao universo *punk*-oriental-*heavy metal-krishna*. Enquanto muitos luminosos são identificáveis ao espectador, alguns deles – como o de uma japonesa tomando pílulas enquanto uma voz proclama os prazeres de "férias em outro mundo" – não se deixam identificar. O que aconteceu? Essas imagens mostram os resultados de um holocausto nuclear? Ou procuram advertir sobre uma modalidade menos identificável de autodestruição? Um testamento de uma sociedade moderna que simplesmente se desintegrou devido à multiplicidade de suas próprias pressões internas? Que foi feito dos valores humanos? Paradoxalmente, os replicantes parecem incorporar mais "virtudes humanas" do que os seres humanos. Sem dúvida o "progresso", no sentido do aperfeiçoamento das coisas para o corpo social, deixou de ser algo em que se acredite; o que, em tal contexto, pode oferecer salvação? Em *Blade Runner*, vivemos em meio

11. Dworkin é aqui particularmente estudado no capítulo 15; por ora, basta dizer que as citações da abertura não são auto-explicativas. A citação precisa ser interpretada: como vamos entendê-la? Afirma muitas coisas, e pressupõe muitas outras. Quem (é) somos (esse) "nós"? O que é o direito? Ou talvez a pergunta deva ser reformulada: o que são os direitos? Ou o que é particular à essência dentro dos diferentes aspectos do direito (ou dos direitos)? O fato de que toda afirmação requer interpretação é óbvio, mas precisa ser constantemente reafirmado, uma vez que é freqüentemente esquecido. Na teoria literária, Stanley Fish enfatiza que o significado das palavras é sempre uma questão de contexto e de nosso entendimento; mesmo no nível do máximo senso comum, é uma questão de interpretação. Como diz Fish: "Uma frase nunca está fora de contexto. Não estamos nunca fora de uma situação (...). Uma frase que parece prescindir de interpretação já é produto de uma interpretação" (1980: 284. Em um capítulo de seu livro *Is There a Text in This Class?*, intitulado "Normal Circumstances, Literal Language, Direct Speech Acts, the Ordinary, the Everyday, the Obvious. What Goes Without Saying, and Other Special Cases").

a signos que datam de uma época em que teriam tido sua importância reconhecida. Colunas romanas e gregas, dragões chineses e pirâmides egípcias misturam-se com gigantescos anúncios em néon de Coca-Cola, Atari, Jim Beam, Trident, Michelob e Pan-Am. Ainda que veículos de transporte bem iluminados pairem sobre as ruas, e haja algumas cenas rápidas em que se vislumbram luxuosas dependências empresariais, o conjunto todo é uma colagem desconcertante.

Blade Runner talvez seja o exemplo mais facilmente identificável dentre um conjunto de filmes que anunciam o estranhamento do modo de perceber a realidade no mundo pós-moderno. O futuro é representado como amedrontador – não é confiável, e tampouco os homens podem confiar uns nos outros. Os replicantes de *Blade Runner* sintetizam as idéias de robôs, ciborgues, andróides e o avanço da bioengenharia, que substituem os seres humanos dos quais se tornam simulacros. Como é possível ter existência humana real num ambiente alucinatório de luminosos eletrônicos que anunciam sexo e ausência de sentimentos, onde clones narcisistas falseiam orgasmos e máquinas de realidade "virtual" oferecem (não-) experiências mais "reais" e estimulantes do que qualquer coisa que a verdadeira "realidade" tem a oferecer? Nessa representação desapareceram o amor, a família, os empregos e a religião, restando apenas os gloriosos frutos das tecnologias de reprodução. Será possível manter alguma esperança na utopia?

Vattimo (1992) sugere que um tipo menor de utopia está presente em Blade Runner; um sentimento de alívio diante do fato de já ter ocorrido o desastre ao qual a modernidade parecia fadada, o que agora nos permite seguir vivendo sem o anseio inexorável de (vir a) ser modernos, que foi o que nos levou à catástrofe. Essa utopia, porém, é um afastamento da modernidade; com o mundo do "progresso" em ruínas, o final de *Blade Runner* condescende com uma retirada irônica e nostálgica para uma existência mais "natural". É uma mensagem de que os elementos centrais de nosso período moderno tinham por base equívocos e desacertos. Se o iluminismo anunciava que o objetivo da vida humana era a felicidade em liberdade, estava errado ao acreditar que a análise científica abstrata seria capaz de nos oferecer a verdade da condição humana, ou que a tecnologia poderia erguer cidades nas quais valesse a pena viver; em vez disso, precisamos recriar as comunidades que agora já estão há tempos perdidas. A mensagem que nos passam os escritores existencialistas como Albert Camus (1956), os filósofos morais como John Finnis (1980) ou Alasdair MacIntyre (1981, 1988), ou os comunitaristas como Sandel (1982) e Taylor (1985, 1990), é a de que a existência verdadeiramente humana só é possível a partir da convivência em grupos naturais. Precisamos reinterpretar as histórias do passado e descobrir o verdadeiro "direito natural" que deveria estar regendo nossas vidas.

É POSSÍVEL ACREDITAR NUMA FILOSOFIA DO DIREITO CAPAZ DE CONTAR UMA HISTÓRIA VERDADEIRA DO IMPÉRIO DO DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE? OU SERÁ A PÓS-MODERNIDADE UMA PERDA DE FÉ NAS NARRATIVAS COERENTES, NO PROGRESSO E NA POSSIBILIDADE DE JUSTIÇA?

Nos últimos anos, a partir de uma abordagem analítica, os estudiosos da filosofia do direito vêm tentando associar seu trabalho a relatos mais amplos do desenvolvimento social. Alguns deles – como as feministas radicais – têm contestado as descrições de progresso social nas quais o liberalismo tem se fundamentado implicitamente. O liberalismo também tem seus defensores. A teoria jurídica normativa de Ronald Dworkin tenta revitalizar a legalidade liberal diante do desafio pós-moderno. Para muitos escritores ele é um romântico, um "nobre sonhador" que tece uma trama de coerência e consistência com base em princípios quando a realidade que subjaz à legalidade pós-moderna é a incoerência, a inconsistência e a batalha política. Que papel poderíamos encontrar para Dworkin em *Blade Runner*? Ou naquela celebração do glamour contemporâneo, *L. A. Law**? Em contraste com Dworkin, parece fácil identificar um vasto conjunto de oponentes que ou se pode agrupar vagamente sob a bandeira do Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, ou são influenciados por preocupações semelhantes àquelas que motivaram esse movimento. Caracterizados pelo ceticismo e pela desconfiança para com o liberalismo, à primeira vista parece não haver modo algum de conciliar seus respectivos projetos com o de Dworkin ou os daqueles que defendem o positivismo jurídico. Na verdade, parece difícil apresentar uma exposição da filosofia jurídica que possa conter os dois conjuntos de posições de tal modo que se possa estabelecer qualquer diálogo entre eles[12].

O PROBLEMA DE OFERECER NARRATIVAS COERENTES NAS CONDIÇÕES PLURALISTAS E MULTIFORMES DA MODERNIDADE TARDIA OU DA PÓS-MODERNIDADE

A modernidade – o período da história social que se inicia com o Iluminismo no século XVIII – fundamenta-se em parte na crença de que será possível chegar à plena autoconsciência no que diz respeito à realidade social. A humanidade vai ana-

---

* O autor se refere à série de televisão *Los Angeles Law*, que foi ao ar nos Estados Unidos de 1986 a 1994. (N. do T.)

12. Estranhamente, muitos dos proponentes não parecem desejar o diálogo. Dworkin deixa claro que não pode dialogar com aqueles que chama de "céticos externos" (i.e., críticos que extrapolam os limites das perspectivas internas da legalidade e se recusam a buscar, em primeiro lugar, uma interpretação favorável e construtiva da tradição da legalidade liberal); outros autores afirmam que só se pode dialogar depois que todos tenham admitido a natureza ideológica de seu discurso e desconstruído todos os textos aos quais irão reportar-se.

lisar o mundo, adquirir um conhecimento seguro e utilizá-lo para criar uma sociedade justa. A pós-modernidade pode ser definida como a percepção de que tal crença não tem validade alguma. Quanto mais conhecimento adquirimos, mais difícil fica narrar uma história-mestra, apresentar uma imagem racionalmente coerente da realidade social e das instituições fundamentais. Enunciar a verdade da realidade social tornou-se problemático. Definimos tal condição como o problema pós-moderno. Sem dúvida, o ato de identificar a natureza da realidade e de nosso próprio eu não constitui novidade: tem sido um projeto crucial desde que a humanidade começou a registrar suas reflexões intelectuais. Precisamos criar grandes narrativas que ao mesmo tempo definam a natureza de nossas instituições e sancionem nossas identidades sociais. Como afirmou Rosen: "Uma liberdade incapaz de explicar-se a si própria não é diferente da escravidão" (1969: 157).

Por que se tornou aparentemente tão difícil produzir narrativas coerentes do progresso social e do significado de nossas instituições em nossa época? Sem dúvida, a diferença está em nosso contexto e nossa história. Fazemos tantas pesquisas que deveríamos ter alguma certeza, mas cada nova descoberta vem desestabilizar a confiança nas certezas do passado. Admitimos que: (i) o avanço do conhecimento científico tem um papel crucial no desenvolvimento da sociedade moderna; (ii) a aquisição de novas formas de conhecimento e novas tecnologias de comunicação e representação não tornam a modernidade mais transparente, mas ao contrário geram, com freqüência cada vez maior, conflitos de perspectivas, imagens, redes de comunicação e capacitação tecnológica; (iii) essa explosão de imagens e saberes complica todas as formas de identidade social e cria dúvidas existenciais que dificultam a ação coerente, trazem consigo o medo da falta de sentido das coisas e intensificam a exigência de infalibilidade técnica; (iv) o enfrentamento desse caos aparente é o dilema pós-moderno.

A PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE SE ANALISAR O DIREITO NO CONTEXTO DA PÓS-MODERNIDADE

Vivemos em tempos incertos; muitos críticos sentem que as promessas da modernidade de criar sociedades com justiça social, onde as pessoas seriam felizes, mostraram-se falsas. Em termos políticos e sociais, as duas grandes narrativas antagônicas da modernidade enfrentam dificuldades: apesar de ainda fornecer muitos dos conceitos críticos por meio dos quais tentamos compreender as estruturas sociais de nossa época, o marxismo está desacreditado como doutrina política, enquanto o liberalismo parece ser, para muitos, uma casca vazia incapaz de oferecer uma fonte de significado social.

O destino do direito contemporâneo reflete essa história de desenvolvimento social. Estamos cercados pelo direito. Alguns deram a isso o nome de *juridificação das esferas sociais* (Teubner, 1987). Outros aludem à proliferação de formas de regulamentação jurídica e quase jurídica, e se perguntam se é possível dar algum sentido

à infinidade de seus efeitos. Segundo essa narrativa o direito perdeu sua identidade, rendeu-se a novos deuses: é visto como servo da economia, da política e da utilidade, enquanto exigimos que seja visto como um fenômeno moral. Nunca antes, parece, exigiu-se tanto do direito; nunca antes investiu-se tão pouca autoridade nele. Será isso um motivo para preocupações? Precisamos poder ter imagens institucionais para o direito que nos ofereçam mensagens otimistas e magnânimas, ou podemos nos dar por contentes em pensar o direito como instrumento de qualquer poder político ou ideológico que no momento detiver o controle da ordem social?[13] Para escritores como Dworkin, as discussões na filosofia jurídica são debates sobre uma parte de nossa identidade social. O modo como pensamos o direito torna-se um reflexo de como vemos os objetivos e conteúdos de nossas instituições, bem como os compromissos públicos de nossas sociedades com a tomada de decisões morais e políticas. Tanto para Dworkin quanto para os membros do Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, o positivismo jurídico enfraqueceu nossa capacidade de pensar acerca do direito, e é preciso adotar novas formas de interpretação para compreender o papel do direito na formação de nossa situação atual. Com que espírito se deve conduzir esse processo? Para Dworkin, é fundamental manter o otimismo; assim, ele afirma ser possível encontrar, na legalidade e nos documentos legais – a Constituição dos Estados Unidos é o grande exemplo – um relato dos princípios morais e políticos de nossas sociedades (Dworkin (1996) oferece lições sobre "A leitura moral da Constituição [dos Estados Unidos"]). Outros exigem que enfrentemos com determinação o desencanto com o nosso mundo, e evitemos o erro de superestimar a capacidade do direito, e há os que argumentam que devemos ser cautelosos com todas as tentativas de construir exposições coerentes *per se*; devemos, em vez disso, desconstruir todas as exposições, recusando-nos a fazer qualquer relato em grande escala do direito; paradoxalmente, tal recusa equivale a engajar-se na produção e enunciação de relatos[14]. Não podemos fugir à necessidade

13. Alguns autores insistem em que é essa a leitura correta, e que só podemos manter nossa integridade moral e política se nos tornarmos radicalmente realistas em nossa apreciação do direito. O escritor tido como expressão máxima do positivismo jurídico, Hans Kelsen, exigia que não apenas despojássemos nossos métodos de interpretação do direito de qualquer impureza moral ou ideológica, mas também admitíssemos que – em si mesmo – o direito não era nada além de um veículo para a coerção (Kelsen, 1934, 1970).

14. Essas vozes não parecem estar dialogando entre si. Como resolver o dilema? Uma tentação é reformulá-lo, vendo-o como uma questão de linguagem. Isso já foi tentado antes. O fato de que o "mergulho nos *lógoi* (modos de dizer as coisas) – o constante diálogo da linguagem com a linguagem – pode obscurecer a realidade do ser nunca foi posto em dúvida. Uma das interpretações da desconfiança de Platão com relação aos sofistas aponta para sua consciência do quanto as coisas pragmáticas da linguagem, isto é, nomes, conceitos e idéias, podem impor-se em detrimento daquilo que se pretendia que trouxessem à "luz". Enquanto a linguagem nos dá a oportunidade de exprimir e analisar as coisas, vendo-as de modo mais claro, podemos nos perder na tentativa de esclarecê-las – o que significa que a linguagem tanto serve para iluminar quanto para obscurecer. Os sofistas utilizavam essa potencialidade da linguagem para confundir e ofuscar, e preocupavam-se com a manipulação e os efeitos emocionais, não com a verdade. (Ver nossa discussão do mito da caverna no capítulo 2.)

de interpretar e reinterpretar a natureza de nossa história social e os mecanismos pelos quais nos orientamos a nós mesmos neste mundo. Esta é a tarefa da filosofia do direito; oferecer-nos os meios pelos quais possamos compreender os complexos fenômenos do direito e com eles conviver. Será que não há limites para as histórias que podemos contar? A aceitação de que nossas histórias não podem reduzir-se a uma história-mestra pode parecer algo como um fracasso àqueles que precisam do conforto de uma resposta às perguntas da vida. Inversamente, contudo, aceitar que estamos destinados a oferecer interpretações e reinterpretações também implica que o ser humano tem a ver com a transformação contínua, com eventos e projetos, com o diálogo e a interpretação. E com a necessidade de criar estruturas de orientação; daí o direito.

Capítulo 2

Origens:

a Grécia clássica e a idéia do direito natural

I. O DIREITO E A QUESTÃO EXISTENCIAL

Agrada-me pensar o direito como uma instituição social que tem por finalidade atender às necessidades sociais – as reivindicações, exigências e expectativas decorrentes da existência da sociedade civilizada –, realizando o máximo possível com o mínimo de sacrifício na medida em que tais necessidades ou reivindicações possam ser atendidas mediante a organização da conduta humana em uma sociedade politicamente organizada. Para os fins em apreço gosto de ver, na história jurídica, o registro de um reconhecimento e atendimento cada vez maiores das necessidades, reivindicações ou desejos humanos por meio do controle social; um modo mais abrangente e eficaz de assegurar os interesses sociais; uma eliminação cada vez mais completa e eficaz do desperdício e do atrito na fruição humana dos bens da existência – em resumo, uma engenharia social cada vez mais eficiente (Roscoe Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, 1954: 47).

Concedei-me só mais um verão, ó Poderosas*,
E só mais um outono para aprimorar meu canto.
Para que então, saciado do mais doce dos jogos,
De bom grado possa morrer meu coração.
A alma que, em vida, não alcançou seu direito divino,
Não terá repouso no reino dos mortos.
Mas se um dia me for dado conseguir
O que tenho de sagrado no coração, o poema,
Bem-vinda seja a calma do reino das sombras!
Estarei feliz ainda que não tenha, ali,
Minha lira por companheira.
Terei vivido uma vez como os deuses,
E de mais não preciso.

(Do poeta alemão Hölderlin; trecho do poema "Nur einen Sommer", traduzido para o inglês por W. Kaufmann, em seu ensaio "Existentialism and Death", 1965: 59.)

* O poeta está se dirigindo às Parcas (o título original alemão deste fragmento é *An die Parzen*), de onde a inicial maiúscula de "Poderosas", que não aparece na tradução inglesa. (N. do T.)

FAZER AS PERGUNTAS BÁSICAS OU CONSCIENTIZAR-SE DAS BASES EXISTENCIAIS DO DIREITO

Roscoe Pound (1870-1964) é freqüentemente chamado de fundador da ciência jurídica sociológica norte-americana. Em busca dos fenômenos sociais na base da filosofia jurídica, Pound (1954) definiu o direito como a instituição social que permitia que as necessidades humanas fossem satisfeitas. Uma parte substancial de sua obra acadêmica (1921, 1943) consistiu na catalogação de diferentes reivindicações, exigências e desejos e em sua classificação enquanto instâncias individuais, públicas ou sociais. Pound considerava a organização jurídica como uma estrutura essencial a uma sociedade liberal moderna, e não propunha nenhuma avaliação qualitativa dos desejos, necessidades ou exigências humanos. Em vez disso, oferece uma narrativa histórica do desenvolvimento jurídico na qual o direito moderno passa cada vez mais a reconhecer os "direitos" individuais (em especial a partir do século XVIII), assegurando o reconhecimento de uma maior diversidade de necessidades, reivindicações e exigências humanas, bem como de interesses sociais. O direito é uma técnica de engenharia social, e a história recente mostra o projeto jurídico como um empreendimento relativamente bem-sucedido; a mera existência de maiores necessidades, exigências e reivindicações é sinal de progresso social.

Ao contrário de Pound, o poeta alemão Hölderlin apresenta um conjunto de preocupações radicalmente diferentes em que o objetivo da vida não é apenas desfrutar os bens da existência; na verdade, a existência precisa de *significado expressivo*. Para Hölderlin, simplesmente viver a vida não é suficiente: a humanidade transcende a vida animal por sua exigência de sentido e sua busca de critérios de concepções qualitativas de vida. Devemos viver de um modo que nos prepare para a morte – devemos tentar viver, ao menos por algum tempo, como os deuses.

Em última análise, toda sociedade humana constitui um conjunto de pessoas unidas em face da morte. Este é o entendimento central da filosofia política liberal, da ciência jurídica e da sociologia da religião[1]. A morte é a evidência fundamental da inadequação ontológica da humanidade; o limite irremovível da existência humana. Nos mitos dos pré-modernos e nos mitos filosóficos dos modernos – por exemplo, em variações da narrativa do contrato social –, homens e mulheres unem-se na solidão diante da morte, para manter a vida e formar a sociedade. Na tradição da filosofia jurídica liberal fundada por Thomas Hobbes (1651) e desenvolvida nas últimas décadas por H. L. A. Hart (1961), o objetivo básico da legalidade é a sobrevivência. Por um lado, o liberal acha difícil dizer qual é o objetivo da sociedade; por outro,

1. A frase é adaptada de Peter Berger (1967: 52) e assim se lê em seu contexto: "Em última análise, toda sociedade humana constitui um conjunto de pessoas unidas em face da morte. Em última instância, o poder da religião depende da credibilidade das bandeiras que coloca nas mãos dos homens quando eles se deparam com a morte ou, para ser mais exato, enquanto fazem sua inevitável trajetória até ela."

sabe muito bem o que ela não é: a sociedade não é um clube de suicidas (Hart, 1961: 188). Quais são, porém, os limites dessa "sociedade"? E qual o sentido a ser atribuído ao "social"?

OS ASPECTOS FÍSICOS E EXISTENCIAIS DA EXISTÊNCIA SOCIAL

A existência social compreende pelo menos dois aspectos diversos: o aspecto *físico* e o *existencial*. Para lutar contra a morte física ou biológica, os seres humanos precisam abrigar-se dos elementos, comer, beber, reproduzir-se etc. Mas a sobrevivência biológica não constitui a totalidade da existência: os seres humanos também se deparam com a questão da sobrevivência existencial e da morte existencial. O sexo é necessário para a sobrevivência biológica, o que já não é o caso do amor. Amar significa existir em uma estrutura diferente daquela do mero sobreviver, e amar pode significar que a morte é de menor importância. Como Gabriel Marcel (1964: 241) escreveu certa vez: "Enquanto a morte não desempenha outro papel além daquele de dar ao homem um incentivo para fugir dela, o homem se comporta como um mero ser vivo, não como um ser existente." O fato de que *a existência humana transcende o meramente biológico* é o paradoxo da sociabilidade; fornece as bases dos extremos idênticos do terror e do amor, que denotam o verdadeiro humano.

A segurança física e a segurança existencial são duas exigências que invocam dois conjuntos de inimigos. Um deles gira em torno do pólo da fome, da doença, dos assassinatos, da violência contra o corpo e da falta de recursos materiais. O outro gira em torno de um pólo menos óbvio que envolve o medo do desconhecido, o desejo de conhecimento e estima, o desejo de criar, encontrar beleza e ser um indivíduo. O direito, a utilidade, o contrato, a economia – símbolos de distância e cálculo existencial – fornecem os instrumentos relacionais do moderno tardio. Em contraste, o amor e não o direito, o encontro inesperado e não a utilidade, o contato e não o contrato, denotam a preocupação com uma relação existencial diferente. Como resolver essas discordâncias? Onde está o começo?

No começo não havia nada; nem palavras nem visões, apenas o vazio. Dê-se a isso o nome que se quiser – "buracos negros" é a idéia atualmente em voga –, mas hoje sabemos que não havia nenhum Deus para lançar as bases da criação, nomear as entidades do cosmo e preparar o roteiro de nosso destino. Hoje sabemos que nossas sociedades são construções socioistóricas; elas, e nós, poderiam ter se transformado em alguma coisa diferente do que são hoje. Somos uma *contingência*. Como vamos encarar tal fato? Será essa percepção da estrutura social uma consciência especificamente moderna – como tendemos a pensar –, ou algumas pessoas sempre se deram conta de que foi a humanidade, sozinha, que interpretou e estabeleceu o significado do cosmo? E o que sugere essa conscientização? Precisamos ter o domínio da totalidade da existência para responder a perguntas sobre o sentido da

vida social, ou será a história humana um movimento constante de iniciativas e argumentos pragmáticos mergulhados em mistério total?

A REFLEXÃO INTELECTUAL COMEÇA COM O MITO E O MISTÉRIO DO SAGRADO

Não podemos conhecer a totalidade da existência. Enquanto intelectuais em voga anunciam isso como a mensagem pós-moderna, em épocas pré-modernas esse mistério essencial era conhecido como o *sagrado*. E o sagrado desafia todas as tentativas de separá-lo em divisões impecáveis para nosso consumo. Na devoção hindu, por exemplo, o sagrado é às vezes representado em forma de deuses, mas ao fazê-lo está presente uma unidade (dialética) de criador e destruidor. Veja-se o caso de Krishna, o mais amado dos deuses hindus. No *Bhagavad-Gita*, ele é apresentado como "o tempo que destrói o mundo", mas ele também diz a Arjuna: "Eu sou a origem de tudo; é de Mim que tudo [toda a criação] provém." E ele combina e contém aquelas características aparentemente incongruentes: "Sou a origem e a dissolução. (...) Sou a imortalidade e também a morte; sou tanto o ser quanto o não-ser" (a propósito destas citações e das seguintes, ver Kinsley, 1975, apropriadamente intitulado *The Sword and the Flute: Kali and Krishna, Dark Visions of the Terrible and the Sublime in Hindu Mythology* [A espada e a flauta: Kali e Krishna, visões sombrias do terrível e do sublime na mitologia hindu]).

No desenvolvimento do hinduísmo, o divino invoca tanto o atraente quanto o repulsivo. O jovem Krishna sintetiza o primeiro, enquanto a deusa Kali encarna o segundo. O *Gita* é o texto central, mas além dele os que se identificam com Krishna apreciam a imagem da criança – o objeto do amor e das relações físicas de afagar e acariciar – que com o tempo se transforma em um jovem cujos folguedos sexuais, em particular com Radha, a igualmente jovem e bela pastora de gado, só podem ser descritos como um "carnaval de prazeres". Krishna traz ao mundo liberdade e espontaneidade, beleza e graça, fragrância e harmonia, vivacidade e recreação, paixão e intimidade; acessível, irresistível, carismático e cativante, ele é puro fascínio. O êxtase amoroso é seu caminho para o essencial.

A coerção e o consenso – o poder de destruir e o poder de capacitar, criar – são interligados. A flauta é símbolo da arrebatadora beleza do Krishna eternamente jovem, enquanto a espada é símbolo de Kali, que representa todos os aspectos aterradores das forças destrutivas. As descrições representam-na como uma divindade sanguinária, implacável e feroz.

> De rosto medonho e aspecto aterrador é Kali, a terrível. Com quatro braços, uma grinalda de crânios e os cabelos desgrenhados, traz nas mãos esquerdas uma cabeça humana recém-decapitada e uma cimitarra. (...) Tem o pescoço adornado por uma guirlanda de cabeças humanas que gotejam sangue, e seus brincos são duas cabeças cortadas; seu cinto é uma faixa da qual pendem mãos humanas decepadas, e ela é negra e nua. Terrível, dentes como presas de serpentes, seios proeminentes, um sorriso nos lábios reluzentes de sangue, ela é Kali, aquela do sorriso aterrador (...) que vive nos locais de cremação, cercada pelo uivo lancinante dos chacais. Fica sobre Shiva, que jaz como um cadáver a seus pés. (...) Na mão esquerda segura uma taça cheia de vinho e carne, e na mão direita traz uma cabeça humana recém-cortada. Sorri e come carne podre.

Estas palavras não são obra de duas seitas ou cultos e mitologias; ao contrário, enquanto as imagens de Krishna e Kali denotam fenômenos diversos, a identidade de cada um depende da existência do outro. E cada um encarna aspectos do outro. Krishna brinca com a pastora de gado, mas também aterroriza Arjuna, e é ao mesmo tempo a origem vital e o destruidor de tudo. O mesmo se pode dizer de Kali, a quem os fiéis assim se dirigem: "Tu és o Início de tudo, Criadora, Protetora e Destruidora que és."[2]

A filosofia desenvolveu-se a partir da mitologia. O objetivo da filosofia foi sempre o de manter o delicado equilíbrio entre a humanidade e o cosmo. Ela interpreta as criações de nosso intelecto e nossos modelos racionais de modo que os despoje de seu mistério e os transforme em entidades com as quais possamos nos relacionar. Na antiga Grécia, por exemplo, uma das funções de Zeus (o rei dos deuses) era a de guardião patriarcal da cidade e de suas leis. Zeus era capaz de punir terrivelmente aqueles que (como Prometeu) recorriam à astúcia para frustrar a razão, e preferia a vontade arbitrária à justiça. Mas também era capaz de muitas mudanças de humor, sobretudo quando sob influência da atração sexual e dos artifícios das mulheres. A primeira consorte de Zeus, Metis, era uma fonte de discórdias e foi por ele devorada, mas a segunda, Têmis, tornou-se a deusa da ordem comunitária e da "consciência coletiva", ou sanção social. A mitologia torna-se filosofia através da maior amplitude de nossas interpretações. Assim, a união do beligerante Zeus com a pacífica Têmis pode representar tanto a necessidade de diferenciar e equilibrar o cumprimento ativo e agressivo das prescrições (leis) com o ideal de estabilidade e paz social, bem como de ilustrar que a segurança doméstica exige, no mínimo, a capacidade de recorrer à espada. Ainda que nesse caso possamos fazer uma leitura com

2. Nos textos do santo hindu Sri Ramakrishna (1974: 11 e 17), do século XIX, fervoroso devoto de Kali, a Divina Mãe, a natureza da deusa consiste em conter, ao mesmo tempo, uma unidade de opostos. No templo em que está sua imagem em basalto, espetacularmente adornada com ouro e jóias, sobre o corpo prostrado de Shiva, em mármore branco: "Ela tem quatro braços. A mão esquerda inferior segura uma cabeça humana decepada, e a superior empunha um sabre ensangüentado. Uma mão direita oferece dádivas a seus filhos, enquanto a outra apazigua seus temores. A majestade de Sua postura mal pode ser descrita. Nela se combinam o terror da destruição com a segurança da ternura materna. Pois ela é o Poder Cósmico, a totalidade do universo, uma gloriosa harmonia dos pares de opostos. Ela dispensa a morte, assim como cria e preserva. Em uma das primeiras visões de Ramakrishna, Kali emergiu do Ganges, veio para a terra e deu à luz uma criança que começou a amamentar ternamente. No instante seguinte, assumiu um aspecto terrível, agarrou a criança entre suas poderosas mandíbulas e esmagou-a. Enquanto a engolia, voltou para as águas do Ganges.

base no gênero, em que as respectivas esferas do público e da espada constituem o domínio do homem, enquanto a paz doméstica diz respeito à mulher, outra leitura possível remete à necessidade de o poder da espada se unir ao conhecimento de seus efeitos sociais. Assim como Zeus, sem a influência de Têmis, pode ser um tirano cruel e selvagem, também o direito, cego a sua eficácia e suas conseqüências sociais, pode ser uma arma selvagem. Muitos dos filhos de Zeus e Têmis tornaram-se fiadores das leis e da estabilidade social, em particular Dice, Eunomia e Irene. Dice passou a personificar o ideal de justiça que colocava o homem acima do mundo animal. Com o tempo, a palavra *dice* viria a tornar-se o termo-padrão para processo judicial. Como deusa, Dice levava os juízes a se empenhar em deliberar com integridade lógica em vez de tomar decisões arbitrárias; sua irmã Eunomia representava a harmonia social e jurídica que resulta desse comportamento racional, e Irene expressava a paz. Em conjunto, configuravam a idéia social de *homonoia*, ou o ideal de uma comunidade urbana harmoniosa; a filosofia posterior de Platão e Aristóteles retoma a tarefa de compreender essa idéia[3].

O PROBLEMA EXISTENCIAL REFLETIDO NA LITERATURA E NA FILOSOFIA GREGAS: O EXEMPLO DE *ANTÍGONA*

A partir de nossa perspectiva, parece que no mundo homérico "os valores básicos da sociedade eram dados e predeterminados, e que assim também o eram o lugar do homem na sociedade e os privilégios e deveres que decorriam de seu *status*" (M. I. Finley, 1954: 134). Este é, porém, um juízo de valor moderno, feito com base em 2 mil anos de história escrita – em outras palavras, não era bem o que aparentava ser a seus participantes. Qualquer discussão sobre os conceitos relativos à moral ou à justiça ocorre na esfera de um modo de vida que fornece não apenas os recursos, como também o contexto para a escrita e a especulação. Devemos aos gregos as origens de nossas tradições teóricas filosóficas e sociais do Ocidente. Um dos objetivos dessa tradição tem sido o de transcender a aceitação acrítica da vida convencional – identificar as condições para uma existência racionalmente significativa. Mas como eram os instrumentos para se compreender e criticar o contexto da vida para os gregos antigos? A literatura grega e, com o tempo, o desenvolvimento de sua filosofia, parecem refletir divisões fundamentais do espírito humano: divisões entre aceitação e rejeição do *status quo*, entre o desejo de ordem e o de transgressão, entre imanência e transcendência; entre a defesa dos padrões convencionais e o ceticismo diante deles, entre a aceitação do destino/papel de cada um na vida e o desejo de alguma coisa mais, ou *outra*.

3. A filosofia nasce da mitologia, mas talvez nunca se livre por inteiro de uma base mitológica. O nascimento da filosofia ocidental com Platão e Aristóteles traz consigo a graça dos deuses. Em *Protágoras*, Platão apresenta uma explicação natural das origens da sociedade na qual afirma que, embora os homens primitivos pudessem alimentar-se sozinhos, agruparam-se em busca de proteção contra os animais selvagens. Contudo, a vida social era praticamente impossível, uma vez que o homem carecia de aptidão civil (*politike tékhne*), ou a capacidade de viver em comunidade. A vida urbana que o ser humano passou a levar era perigosa devido a seu próprio mau comportamento, mas Zeus concedeu-lhe as faculdades de respeito mútuo e o senso de justiça que a vida cívica requer. A filosofia platônica então se volta para a busca de métodos racionais e concretos que lhe permitam criar a cidade-Estado ideal. Um argumento que enfatiza o papel da mitologia na ciência jurídica contemporânea pode ser encontrado em Fitzpatrick (1992), *The Mythology of Modern Law*.

Examinemos o famoso e trágico exemplo de Antígona, a terceira das peças tebanas de Sófocles, escrita no século V a.C. Antígona era uma das filhas de Édipo, essa figura trágica do poder masculino que havia sido amaldiçoada pelos deuses por ter assassinado o pai (o rei de Tebas) por engano e, em seguida, casado com sua mãe e assumido o trono de Tebas[4]. Após a morte de Édipo, irrompeu a guerra civil e travou-se uma batalha diante da sétima porta de Tebas – seus dois filhos comandavam facções antagônicas, e no auge da batalha lutaram entre si e mataram-se. O irmão de Édipo, Creonte, tio de Antígona, era agora o senhor inconteste da cidade. Creonte resolveu transformar em exemplo o irmão que havia lutado contra ele, Polinice, recusando-lhe o direito a ser sepultado. A pena de morte foi promulgada para quem quer que lhe contestasse a ordem, que foi aceita como proveniente da autoridade legítima de um governante em sua cidade. A peça tem início com um confronto entre Antígona e sua irmã Ismênia.

Antígona está perturbada; seu irmão Etéocles "foi sepultado com honras de Estado, mas Polinice continua insepulto, não pranteado, um festim de carne para as aves de rapina"*. Antígona pergunta a Ismênia se ela tomou conhecimento da ordem que, em sua opinião, dirige-se pessoalmente a elas:

> É contra ti e contra mim que ele emitiu essa ordem. Sim, contra mim. E logo ele próprio estará aqui para deixá-la clara aos que ainda a ignoram, e para fazê-la cumprir.

A ameaça não é vã: o castigo para a desobediência é a morte. Para Antígona, o dilema é crucial e coloca um desafio a seu sangue real: "Chegou a hora em que deverás mostrar se és ou não digna da nobreza de teu sangue. (...) Não é ele meu irmão, e também teu, quer queiras quer não? Não haverei nunca de abandoná-lo – nunca!" Ismênia, porém, responde: "Como ousarias, quando é expressa a proibição de Creonte?"

Antígona sente-se presa a um dever normativo que transcende sua posição de súdita de Creonte. Ismênia, porém, evocando os horrores sofridos por sua família, apela a Antígona para que seja realista:

4. Antígona tem por destino uma vida trágica já a partir das circunstâncias de seu nascimento. Em *Édipo Rei*, Édipo se dá conta do terrível dilema da identidade de seus filhos com Jocasta (sua mãe natural). Antígona é ao mesmo tempo sua irmã e filha; as regras não escritas de parentesco e atribuição de identidade haviam sido infringidas.

* Tradução feita a partir do texto inglês utilizado pelo autor (Penguin Classics, 1947). (N. do T.)

(...) agora só restamos nós duas; e qual será o nosso fim se transgredirmos a lei e desafiarmos nosso rei? Ó irmã, reflete! somos mulheres, incapazes de lutar contra os homens[5]; nossos governantes são mais fortes que nós, e devemos obedecer não só nisto, como em coisas bem mais terríveis. Que os mortos me perdoem, mas nada posso fazer além de obedecer; mais do que isso é loucura.

Com uma sombra de amargura, Antígona libera a irmã da obrigação de ajudá-la, mas argumenta que ela não poderá livrar-se do ônus de sua opção:

Quão feliz serei se por tal causa perder minha vida!
Condenada por saber reverenciar os mortos, serei feliz por repousar ao lado de um irmão querido (...)
Vive, se quiseres; vive, e desafia as mais sagradas leis dos deuses.

Antígona justapõe dois conjuntos de obrigações e leis. Sente-se obrigada pelas leis divinas a sepultar o irmão, ao mesmo tempo que as leis de Tebas obrigam-na a deixá-lo insepulto. A resposta de sua irmã demonstra que ela também reconhece o conflito: "Não os desafio; apenas não me sinto forte o bastante para ir contra o poder do Estado." Para Antígona, isso não passa de uma desculpa[6]; ela parte para sepultar o irmão, resignada com a punição que a aguarda. Sua morte será "honrosa"; viver com o conhecimento de sua incapacidade de agir seria negar significado à sua vida e fazer dela uma não-existência[7]. A cena da peça passa para a Assembléia de Tebas, onde Creonte está discursando para seus conselheiros. Depois de explicar a necessidade de sua ordem, os conselheiros anunciam-lhe sua concordância:

5. Este trecho é freqüentemente traduzido como "nascemos mulheres, o que mostra que não fomos feitas para lutar contra os homens"; no texto grego, Ismênia usa o verbo *phyo*, indicando que é por natureza (*phýsis*), e não por convenção social, que as mulheres não tentam rivalizar com os homens.

6. Vários estudiosos retrataram Antígona como um mulher masculinizada. Antígona compartilhou o exílio de seu pai, enquanto Ismênia permaneceu em Tebas. Ismênia foi, portanto, doutrinada segundo as crenças da sociedade patriarcal – os homens nascem para mandar, as mulheres para obedecer –, enquanto Antígona conheceu uma maior auto-suficiência. Em cenas posteriores da peça, Antígona se refere muitas vezes a si própria com um pronome masculino, e Creonte, ao decidir puni-la, afirma: "Eu não seria homem; ela, sim, seria um homem se eu tolerasse a impunidade de seus atos." Mais para o final, Antígona chega a referir-se a si própria como o único sobrevivente da casa de Édipo, com o que atribui a sua irmã um papel entre os mortos-vivos. Ao optar pela sobrevivência física, Ismênia perde seu *status* existencial – sua vida deixa de ter sentido aos olhos da irmã.

7. Para alguns autores que podemos descrever como até certo ponto existencialistas – por exemplo Marcel, Jaspers, Nietzsche e Heidegger –, a vida humana individual traz consigo o ônus de que o indivíduo lhe atribua um sentido. A idéia da morte atua como o campo de provas fundamental. *A vida é o desafio de viver e pôr à prova o sentido de estar vivo ao mesmo tempo em que se está consciente da mortalidade humana.* Enquanto a mera existência é uma questão de funções biológicas e sociais, o existencialismo enfatiza um aspecto subjetivo, de autodeterminação da vida – a tarefa de usá-la sabiamente, com afeto e honestidade.

(...) proclamaste tua sentença contra o amigo e o inimigo. Tua vontade é a lei tanto para os mortos quanto para os que ainda vivem.

Antígona dá ao irmão um sepultamento simbólico. Quando os guardas o descobrem e vão contar a Creonte, este desconfia imediatamente que se trata de obra de algum homem. A tempo, porém, os guardas prendem Antígona e trazem-na perante o rei. De modo compreensível, dado o fato de que ele é agora seu guardião oficial e ela está noiva de seu filho, Creonte oferece a Antígona a oportunidade de negar que tivesse conhecimento da determinação, ou de afirmar que o havia entendido mal. Antígona, porém, abre mão da oferta:

Conhecia-a, sim. Era do conhecimento de todos.
CREONTE: E ainda assim tiveste a ousadia de transgredi-la?
ANTÍGONA: Sim, essa ordem não veio de Zeus. A justiça que emana dos deuses não conhece essa lei. Não considero que tuas leis sejam fortes o bastante para revogar as leis não escritas e inalteráveis dos deuses, uma vez que não passas de um homem. Elas não são de ontem nem de hoje, mas eternas, ainda que ninguém conheça suas origens. Nenhum mortal poderá culpar-me por transgressão perante os deuses. Por certo sabia que teria de morrer, com ou sem o teu decreto. E, se minha morte é iminente, tanto melhor para mim. Quem, como eu, vive em meio a tantos tormentos, só tem a ganhar com a ela.

Quando a punição com a morte está prestes a concretizar-se, e Creonte sente toda a gravidade de seu ônus, ele apresenta uma justificação de sua absoluta necessidade:

Aquele a quem o Estado confere poder deve ser obedecido até nas mínimas coisas, sejam elas justas ou injustas. E, sem dúvida, aquele que sabe governar sua casa irá tornar-se o mais sábio dos reis ou o mais fiel dos súditos. Será ele o homem com o qual todos poderão contar na tempestade da guerra (...). Não existe maior desgraça do que a desobediência: ela destrói os Estados, leva os lares à ruína e, nos combates, traz consigo a derrota dos exércitos. Por outro lado, a simples obediência salva as vidas de centenas de pessoas honestas. É preciso, pois, apegar-se às leis com total lealdade.

Mais adiante, Creonte introduz um comentário de teor patriarcal:

Essas coisas se aplicam sobretudo às mulheres. Melhor ser derrotado por um homem do que permitir que uma mulher nos vença.[8]

8. De forma coerente, Creonte mostra ter preconceitos patriarcais. Não consegue entender o amor de seu filho Hemon por Antígona, refere-se à própria esposa como "um campo a ser cultivado" (verso 569; um sentimento que refletia a crença de que era a semente masculina que gerava os filhos e via a mulher como mera provedora de um solo fértil para se depositar a semente). Em *O segundo sexo*, Simone de Beauvoir argumenta que o simbolismo falo/arado – mulher/sulco é uma tática comum para reforçar a autoridade patriarcal e a sujeição feminina. Creonte mostra-se claramente temeroso de ser suplantado por uma mulher, e adverte o filho contra tal possibilidade (versos 484, 525, 740, 746, 756).

São muitas as tensões aparentes no texto da peça, como aquelas entre o amor e o poder, a família e o Estado, e também entre o que poderíamos chamar de público e privado, mas a tensão dominante é a que se dá entre a obrigação diante das ordens legítimas de Creonte – estabelecidas como as leis de Tebas – e a obrigação para com as leis dos deuses. Sófocles não deixa nenhuma outra saída. O destino de Antígona é a morte, assim como o do filho de Creonte, desesperado diante do destino de sua noiva[9].

INTERPRETAÇÕES DAS TENSÕES JURÍDICAS EM *ANTÍGONA*

Enquanto o dilema principal gira em torno do conflito entre Antígona e Creonte, a peça contém um grande número de estratos e leituras possíveis, inclusive o conflito entre o amor e o dever[10], entre homens e mulheres, entre natureza e cultura e entre diferentes concepções do direito e sua "adequação" à ordem natural. Essas tensões "legais" são diversamente representadas como:

(i) As exigências do direito natural *versus* positivismo. Em sua *Fenomenologia do espírito*, o filósofo alemão oitocentista Hegel (ver capítulo 7) interpretou a peça como uma exposição das tensões latentes da sociedade grega. A cultura grega operava com base na crença na unidade total, baseada em um estilo de vida comunitário, "natural". Antígona, porém, recusou-se a seguir a obediência de Ismênia ao direito natural que subordinava as mulheres aos homens, e que fortalecia o direito humano das ordens de Creonte, seguindo, ao contrário, o direito divino que determinava que um membro da família devia ser sepultado por seus parentes, e que seu espírito não teria descanso enquanto isso não ocorresse. Além disso, a determinação de Creonte fazia sentido em seus próprios termos. Cada um é compelido a obedecer a uma lei e desobedecer a outra. Estava, contudo, na contramão do direito divino, portador de uma autoridade contrária, porém rigorosa, que insistia em que Polinice devia ser sepultado, e que um membro da família devia tornar-se especialmente responsável por tal tarefa. Hegel apresenta as duas exigências como inegociáveis. Antígona não é capaz de atuar como um indivíduo autônomo que opta por fazer uma coisa e não outra; ao contrário, ela é portadora de uma injunção divina que é absoluta. A tensão se dá entre a exigência social de obedecer às leis da comunidade como injunções estritas, aceitando seu *status* imemorial de base da verdade que enunciam, e a exigência supra-estatal de obedecer à lei de sepultar seu irmão e reconhecer a natureza sagrada da ligação familiar. Creonte está incumbido da responsabilidade de dar forma às leis da comunidade, e vê-se igualmente obrigado, enquanto homem e governante, a deixar-se guiar pelo princípio de que um inimigo do Estado não deve receber a honra de um funeral, e a punir a mulher que desobedece a suas ordens. A comunidade não dispõe dos recursos intelectuais que lhe permitiriam resolver esse conflito interno[11];

(ii) um exemplo da teoria da imperatividade da norma jurídica;

(iii) um exemplo primitivo e incipiente de desobediência civil; uma ação impossível de conceitualizar de modo bem-sucedido, uma vez que a ordem social não fornecia os recursos intelectuais que sancionassem um conceito de desobediência civil. O conceito de desobediência civil, que passou a existir durante o Iluminismo, concede a um indivíduo o "direito" de opor-se à parte da ordem jurídica em nome do verdadeiro espírito da ordem jurídica. Tal direito não existia para os gregos clássicos; ao contrário, o que temos são, especificamente, conjuntos opostos de "deveres"[12];

(iv) o dever de um indivíduo para com sua família *versus* seu dever para com o Estado, duas formas conflitantes e irreconciliáveis de dever que também representam os elos da sociedade civil em oposição àqueles do Estado político[13];

9. Antígona finalmente retorna ao papel feminino: lamenta o fato de que vai morrer virgem, solteira e sem filhos, e em seguida suicida-se depois de ser trancada viva em uma caverna por ordem de Creonte. O suicídio é visto como uma modalidade feminina de morte, ainda que Hemon, filho de Creonte, também se suicide – como o faz Eurídice, esposa do rei.

10. Depois de informado sobre o fim de Hemon, o coro anuncia a força destrutiva do amor: "Amor, invencível amor, que repousas no rosto macio de uma jovem; tu que perambulas pela vastidão dos oceanos e pelas casas dos humildes, a ninguém é dado fugir a ti, nem os homens nem os deuses; e levas à loucura todo aquele que cai sob teu domínio. Transformas o justo em injusto, e semeias a discórdia até mesmo entre filho e pai. Tornas destruidora a chama que brilha nos olhos de graciosa e imaculada noiva."

11. Hegel (*Phenomenology of Spirit* [Fenomenologia do espírito], trad. inglesa de A.V. Miller, 1977: parágrafo 466): "Como só enxerga bem de um lado, e mal do outro, essa consciência que pertence à lei divina só vê do outro lado a violência do capricho humano, enquanto aquela que se atém à lei humana só vê do outro lado a obstinação e a desobediência do indivíduo que insiste em ser sua própria autoridade. Pois as prescrições do governo têm um significado universal e público, exposto à luz do dia; a vontade da outra lei, contudo, é examinada no escuro das regiões inferiores, e em sua existência externa manifesta-se como a vontade de um indivíduo isolado que, como se contradiz ao primeiro, constitui um ultraje brutal."

12. Segundo a interpretação de Hegel, mais uma vez, a tragédia acentua as contradições internas da vida de uma sociedade que não dispõe dos recursos intelectuais fornecidos pelos conceitos de individualidade e subjetividade. Por sua natureza, o direito implica que o sujeito tenha a capacidade de desobedecer. Trata-se sempre da relação entre uma entidade e outra. O indivíduo, ou a pessoa jurídica, *versus* o Estado. O direito exige obediência, mas a realidade da vida social cria circunstâncias nas quais a obediência também pede a desobediência. Sem uma noção desenvolvida de individualidade – sem o espaço jurídico criado por um conceito de desobediência civil –, o enfoque da cultura grega na funcionalidade dentro de uma totalidade não deixava espaço para que a relação indivíduo-totalidade fosse mediada sem contradições. A peça, portanto, põe em relevo conflitos potenciais e concretos na tradição do país, revelando a falta de unidade de um mundo que exigia que a unidade existisse. Antígona revelou a contradição no espírito grego, e os sofistas, na leitura de Hegel, revelaram tanto sua necessidade para o princípio de subjetividade quanto sua incapacidade de assimilá-lo. A vida grega simplesmente não podia ter continuidade uma vez que uma filosofia da individualidade se tornasse mais comum.

13. Ainda segundo a leitura de Hegel, é impossível, tanto para Creonte quanto para Antígona, livrar-se da culpa. A estrutura apresenta múltiplos deveres; cada um seguia um conjunto de leis em detrimento do outro. Na vida grega, a culpa não reside tanto na má intenção do agente, pois a capacidade de agir, segundo cri-

(v) a irracionalidade do subjetivismo arbitrário das mulheres *versus* a razão fria do Estado masculino, expresso através do dever abstrato para com o direito formal[14];

(vi) as exigências da razão prática que enfrenta com determinação um dilema imediato *versus* as exigências de uma racionalidade teórica (o utilitarismo de Creonte) que se volta para uma categoria dos interesses de Estado;

(vii) os primórdios da racionalidade individual – a subjetividade – contra a concepção de justiça que prega a obediência às regras objetivas do corpo social.

Escrevendo no início da década de 1990, Douzinas e Warrington (1994) sugerem outra leitura, talvez uma leitura "pós-moderna". Em sua opinião, o dilema de Antígona é tema de tantas análises em parte porque a dúvida existencial ocorreu no início de nossas tradições do registro escrito, e precisa ser apreendida por escrito para que a possamos compreender. O desejo de Antígona de fazer face a uma justiça pessoal – a *díke* de Antígona – é precursor da ética moderna, um estado primordial de ser que antecede o momento em que as metodologias ordenadoras do pensamento e da escrita racional fizeram suas demarcações. A *díke* de Antígona é uma crise existencial muito pessoal – não havia regras que pudessem resolver o problema a contento. Os sistemas de reflexão intelectual posteriores definem os dilemas existenciais como ausência de ordem e transformam a crueza da existência em coisas que podem ser analisadas – de tal modo que sistemas de estruturas morais que

térios posteriores, é incipiente ou, no mínimo, subdesenvolvida – o imaginário estrutural do destino encarrega-se de tudo que o antecede. A culpa seria inerente às ações contrárias à lei da ordem social mesmo que não pretendesse obter esse resultado e não pudesse ter agido de outra forma. É uma posição trágica na qual tanto Antígona quanto Creonte, ao desobedecerem a uma lei e obedecerem a outra, assumem a culpa ainda que nenhum dos dois pudesse ter agido diferentemente do que agiu.

14. Igualmente extraído da interpretação de *Antígona* por Hegel. Em sua *Filosofia do direito*, publicada em 1821, Hegel ocupa-se dos tipos de racionalidade existentes no mundo, e vê a história do mundo como uma questão de desenvolvimento e choque de tipos de racionalidade. Para esse autor, o homem busca o conhecimento das condições universais através do pensamento conceitual e da objetividade voluntária. As mulheres preocupam-se com as questões substantivas, identificadas através da individualidade concreta e do sentimento. O homem volta seu olhar para o mundo exterior e, assim,

> O homem tem sua verdadeira vida substantiva no Estado, no aprendizado etc., assim como no trabalho e no embate com o mundo exterior. (...) A essência do destino da mulher está na família, e o estar imbuída de devoção familiar constitui a disposição ética de seu espírito.
>
> Por esta razão, a devoção familiar acha-se exposta na *Antígona* de Sófocles (...) sobretudo como o direito da mulher, e como o direito de uma substancialidade ao mesmo tempo subjetiva e no plano do sentimento, o direito da vida interior, uma vida que ainda não alcançou sua plena concretização; como a lei dos deuses antigos, "os deuses do mundo inferior"; como "uma lei eterna que nenhum homem sabe quando passou a vigorar pela primeira vez". Tal conjunto de leis e normas é ali mostrado como um direito oposto ao direito público, ao direito do Estado. Esta é a suprema oposição na ética e, portanto, na tragédia; e é individualizada, na mesma peça, nas naturezas opostas do homem e da mulher. (Tradução para o inglês de T. M. Knox, 1952: parágrafo 166.)

privilegiam o "deve ser" surgem e se diferenciam do "é" ou do "está" que caracterizam o "ser natural". Em resultado, transferimos os dilemas morais a tecnocratas especializados e vivemos nossas vidas na esfera de um espaço social burocraticamente administrado[15].

Antígona fala aos aspectos trágicos e contraditórios da existência humana; talvez não haja solução, nenhuma interpretação fundamental. A peça tem exigido uma interpretação filosófica constante, e serve de início à filosofia do direito uma vez que a tarefa da filosofia é fornecer uma diretriz racional para a vida prática, permitir que nos relacionemos com nossas instituições e interpretar e criticar nossas práticas. Quando as instituições não têm uma tradição fixa de debate – de justificação e crítica –, suas formas e funções permanecem profundamente ambíguas e passíveis de abuso (admitindo-se que seja possível diferenciar abuso de uso)[16]. É tarefa da literatura (re)apresentar a vida; uma das tarefas da filosofia do direito é interpretar e oferecer análises críticas do *éthos* da legalidade na vida. Talvez possamos assimilar uma mensagem: a filosofia do direito "deve" lembrar que sua base é a vida, em vez de tornar-se obcecada com a análise de uma "idéia" intuída a partir das condições vitais. Uma idéia que deu nome a uma importante tradição é a do Direito Natural que foi trazido ao mundo pelos gregos.

15. Douzinas e Warrington elaboram sua análise tendo um objetivo específico em vista: defender a tese de que a legalidade e a ética modernas perderam toda e qualquer ligação real com o ser moral, tornando-se uma mera técnica. Sua leitura de *Antígona* tem por base um projeto de invocar um tempo e lugar em que a justiça era uma figura mais premente, menos desumanizada, mais "real" no sentido de que era um conjunto de exigências no nível da presença real ("a cabeça e o rosto amados de meu irmão") do "outro" (no caso, Polinice), e não de algum argumento formal abstrato ou de se estar preso a uma idéia moral. Em seu argumento, as categorias e demarcações intelectuais que a modernidade criou reduziram nossa capacidade de apreciação da realidade das ligações e interações humanas. A exigência pós-moderna de Douzinas e Warrington consiste em restaurar a "face" do "outro" como um fenômeno real em nossas discussões morais.

16. Para Leo Strauss (1953: 101), a análise do direito não tem como fugir à ambigüidade:

> O direito mostra-se como algo que se contradiz a si próprio. Por um lado, afirmar ser uma coisa essencialmente boa ou nobre: é o direito que protege as cidades e todas as outras coisas. Por outro lado, o direito apresenta-se como a opinião ou decisão comum da cidade, i.e., da totalidade de seus cidadãos. Enquanto tal, não é de modo algum essencialmente bom ou nobre. Pode muito bem ser produto da insensatez ou da vileza. Não há, por certo, razão alguma para se pressupor que os criadores do direito sejam, em regra, mais sábios do que "eu e você"; por que, então, "eu e você" deveríamos nos submeter às decisões que eles tomam? O simples fato de que as mesmas leis que foram solenemente promulgadas pela cidade são rejeitadas pela mesma cidade, com igual solenidade, parece mostrar a natureza duvidosa da sabedoria que entrou em sua criação. O problema, então, é saber se a alegação do direito – de que é bom ou nobre – pode ser simplesmente rejeitada como carente de qualquer fundamento, ou se contém um elemento de verdade.
>
> O direito alega que protege as cidades e todas as outras coisas. Afirma assegurar o bem comum. Mas o bem comum é exatamente o que entendemos por "o justo". As leis são justas na medida em que levam ao bem comum.

Podemos aceitar a abordagem que Strauss faz da questão sem que seja necessário, porém, comprometer-se com sua definição do justo.

II. O CONTEXTO DO DIREITO NATURAL DOS GREGOS CLÁSSICOS

O *LOCUS* EXISTENCIAL DAS ORIGENS DA FILOSOFIA GREGA CLÁSSICA: A DEPENDÊNCIA NATURAL DA HUMANIDADE EM SEUS PRIMÓRDIOS

> Se controlardes o modo como as crianças brincam, e se as mesmas crianças fizerem sempre os mesmos jogos, sob as mesmas regras e nas mesmas condições, e se os mesmos brinquedos lhes derem prazer, vereis que as convenções da vida adulta também permanecem em paz quando não sofrem alterações. (...) A mudança, como veremos, a não ser a das coisas más, é extremamente perigosa (Platão, *The Laws* [As leis], 1970: 797).
>
> É difícil receber, desde a juventude, uma boa educação para a virtude sem que se tenha sido criado sob leis apropriadas; pois viver com temperança e esforço não agrada à maioria das pessoas, sobretudo quando são jovens; por conseguinte, a natureza e os exercícios dos jovens deveriam ser regidos pela lei. (...) Também precisaremos de leis para regular a disciplina dos adultos e, na verdade, em termos gerais, a vida inteira das pessoas; pois a maioria é mais receptiva à coerção e aos castigos do que à razão e às idéias morais. Por essa razão alguns acreditam que, se por um lado convém que o legislador estimule os homens à virtude e os exorte a viver segundo seus ditames, com a esperança de que os que já receberam uma formação moral virtuosa venham a mostrar-se sensíveis a tais desígnios, por outro lado convém impor castigos e penas aos desobedientes e irascíveis, e banir para sempre do Estado os que forem incorrigíveis (Aristóteles, *Nichomachean Ethics* [Ética a Nicômaco] 10.9.8-9).

Os textos dos dois pensadores gregos tidos como fundadores da filosofia ocidental – Platão e Aristóteles – revelam abordagens distintas da tarefa de estabelecer a ordem social e criar mecanismos que estruturem a existência social. Enquanto, porém, adotavam metodologias distintas, ambos procuravam a segurança de uma "verdade" que residia na natureza. Enquanto o mundo pode parecer cheio de variação, caos, diversidade e desordem, ambos afirmavam que, por outro lado, uma ordem natural subjazia ou era inerente a esse mundo e, uma vez que seus princípios básicos fossem conhecidos, tal ordem poderia constituir as bases da ordem social do homem.

Enquanto a "verdade pura" independe de relações sociais particulares, todo o conhecimento humano é pragmático, perspéctico e metodológico. A história do desenvolvimento do pensamento social grego clássico vai além dos fins que este texto se propõe a abarcar, mas, em resumo, surgiu com o desenvolvimento de um grande número de cidades-Estado e foi estimulado pela necessidade de lidar com novas questões criadas pelo avanço do conhecimento e da atividade mercantil. Sua passagem de mitologia "primitiva" a "grandioso florescimento da razão humana" (o *status* que hoje lhe atribuímos) atravessou oito séculos no mínimo. Embora a

antropologia moderna tenha tentado fugir às concepções eurocêntricas de uma sociedade primitiva irracional que posteriormente se tornou uma sociedade moderna racional, ficamos com idéias de sociedades "primitivas" como se dependessem das forças do mundo natural até um ponto difícil de compreender nos dias de hoje. Nessas sociedades primitivas, o nível de poder social e tecnologia era de natureza tal a transformar em questão suprema aquela que remete às ligações e relações com as forças naturais.

Certamente houve um tempo (e talvez veja-se um risco de afirmar que tal tempo já não está mais conosco) em que a natureza se impunha de modo tão imperioso à humanidade que praticamente a controlava. A chamada humanidade primitiva compartilhava a vida natural e era iniciada em sua rotina por meio de rituais e cerimônias que lhe permitissem participar da estrutura dessa vida – e, desse modo, conservar-se dentro da esfera da graça da natureza. O natural – concebido como o numinoso e o sagrado – impunha respeito, e tornou-se a fonte de normas para o comportamento humano. A vida implicava normas e práticas, rituais e cerimônias voltados para a agricultura, a pesca, a caça, o acasalamento, o nascimento, a transição da infância para a vida adulta, o enfrentamento da doença, da morte e do sepultamento. Os mesmos imperativos naturais que, acreditava-se, operavam em toda a natureza – o clima, a terra (montanhas, rios, o mar, o deserto, a floresta), o Sol e a Lua – mantinham a humanidade unida. Porém, se o homem primitivo talvez se sentisse sem poder diante da natureza, ou apenas um poder menor entre tantos outros, ele também se via como parte do mundo natural; ao contrário, o homem moderno compreende a natureza como um lugar onde pode exercer suas atividades – uma arena onde pode impor sua vontade por meio da tecnologia[17]. Para o indivíduo *moderno*, o direito natural não mais pode ser percebido como algo que simplesmente "ali

17. Para Antony Giddens (1990), as culturas pré-modernas enfrentavam uma combinação de verdade e risco diferente daquela enfrentada pelas culturas modernas. O contexto geral do pré-moderno era a importância crucial da confiança localizada. Os mecanismos que proviam a confiança eram:

(i) as relações de parentesco como instrumento organizador dos laços sociais no tempo e no espaço;
(ii) a comunidade local como espaço propiciador do meio familiar;
(iii) cosmologias religiosas como modalidades de crença e prática ritual que forneciam uma interpretação providencial da vida humana e da natureza;
(iv) a tradição como meio de ligar presente e futuro, com a cultura temporalmente voltada para o passado.

Por outro lado, o ambiente de risco tinha por características:

(i) ameaças e perigos que emanavam da natureza, como o predomínio de doenças infecciosas, instabilidade climática, inundações ou outros desastres naturais;
(ii) a ameaça da violência humana representada por pilhagens de inimigos, déspotas locais, criminosos e assaltantes;
(iii) ameaças de cair em desgraça perante os deuses ou sob a influência maligna da magia.

está", uma vez que ele já não se pode dizer sobre a natureza[18]. O indivíduo moderno entende que uma concepção do direito natural como ação humana em obediência aos ditames da natureza minimiza o aspecto da vontade coletiva e individual do ser humano; o indivíduo moderno quer afirmar seus "direitos" e vê o mundo como um espaço para interagir e construir, para desenvolver projetos de vida individuais. Inversamente, o direito natural clássico não implicava direitos naturais; ao contrário, implicava funções, fins e deveres naturais. O direito natural criava uma rede de relações que posicionava o eu e lhe conferia um sentido fora do qual havia apenas a morte existencial.

O CONTEXTO DA FILOSOFIA GREGA CLÁSSICA FOI O DESENVOLVIMENTO DA CIDADE-ESTADO

Quando o poder micênico ruiu sob pressão das tribos dóricas que invadiram a Grécia no século XII a.C., todo um tipo de governo monárquico e forma de vida social centrados no palácio foi destruído para sempre. Enquanto a religião e a mitologia da Grécia clássica (o século IV a.C.) tinham suas raízes no passado micênico, a estrutura social e cultural era dramaticamente diversa. A pessoa do rei divino desapareceu do universo social e cultural grego. Quando esse centro desapareceu, a transformação psicológica resultante preparou o caminho para o desenvolvimento daquelas inovações paralelas que estão na base do legado da Grécia clássica: a instituição da cidade-Estado e o desenvolvimento do pensamento abstrato, racional ou conceitual (ver, a propósito, Vernant, 1982).

A cidade-Estado era ao mesmo tempo criação da capacidade de organização do homem e lugar de imperfeições. Realidade viva, convidava ao aperfeiçoamento. Exigia análise racional na esperança da solução de problemas e do progresso:

18. Por outro lado, o homem moderno leva uma vida apartada da natureza e religada aos sistemas sociais abstratos. Por desligamento dos sistemas sociais, Giddens refere-se à melhoria das relações sociais a partir de contextos locais de interação e de sua reestruturação ao longo de períodos indefinidos de espaço e tempo.

Os sistemas abstratos dependem de sinais simbólicos (formas de intercâmbio que podem ser passadas aos demais a despeito das características específicas dos indivíduos ou grupos que as manipulam em qualquer conjuntura particular); por exemplo, o dinheiro e o estabelecimento de sistemas de interação ou interdependência. Os sistemas de especialização técnica ou de formação profissional organizam vastas áreas do meio ambiente material e social em que vivemos atualmente. O advogado e o sistema de conhecimento jurídico, o projetista de carros e a produção industrial. A vida cotidiana exige que tenhamos "fé" no fato de que as inúmeras coisas com as quais interagimos – cozinheiros, máquinas de lavar, carros, transporte público, construções, sistemas de tráfego rodoviário, contas bancárias, cartões de crédito, seguros etc. – funcionem como "se espera que o façam". Trata-se de uma fé criada pela participação nas práticas da vida cotidiana e reforçada pelo recurso ao direito. (Por trás de grande parte das atividades e condições de operação das entidades estão as agências reguladoras, além dos órgãos profissionais cuja função consiste em supervisionar e proteger os consumidores dos sistemas de especialização, organismos que licenciam máquinas, supervisionam os padrões dos fabricantes de aviões etc.)

> A origem e ordenação do mundo assumiu, pela primeira vez, a forma de um problema que se colocava explicitamente, para o qual uma resposta devia ser oferecida sem mistério, uma resposta ajustada à inteligência humana, capaz de ser anunciada e debatida publicamente, diante da massa de cidadãos, como qualquer outra questão da vida cotidiana (Vernant, 1982: 107).

O governo da cidade estava muito envolvido com uma nova idéia de espaço. Vernant argumenta que as instituições da pólis tinham por desígnio e concretização aquilo que se pode chamar de espaço político. Os primeiros planejadores urbanos – por exemplo Hipodamo de Mileto – eram teóricos políticos, e a organização do espaço urbano era apenas um aspecto de um esforço mais geral por ordenar e racionalizar o mundo humano[19].

Nesse processo organizacional, os gregos tendiam a descrever o mundo em termos de opostos polares, que para eles diferiam em espécie; por exemplo:

racional / irracional	cultura / natureza	móvel / imóvel	profundo / raso
seco / molhado	rápido / lento	forte / fraco	escuro / claro
grande / pequeno	longe / perto	pesado / leve	muitos / poucos
quente / frio	masculino / feminino	terra / céu	

A lei conhecia sua própria oposição polar: legal e ilegal. Do modo como os gregos as compreendiam, as coisas têm conjuntos específicos de qualidades que as tornam – digamos, por exemplo, as coisas *quentes* – diferentes daquelas que são *frias*. Os gregos pareciam acreditar que essas qualidades podiam existir por conta própria. O quente podia existir independentemente do frio, o legal do ilegal, o masculino do feminino.

Esse processo de fazer distinções bem definidas deu a Platão condições de identificar a estrutura do matemático e do geométrico como base do conhecimento seguro[20]; "ser" significava existir de modo tal a ser contável e facilmente visuali-

19. Vernant (1982: 126-7) assinala que o novo espaço social organizou-se ao redor de um centro geográfico que se tornou, desse modo, o mais valorizado. O bem-estar da pólis assentava-se naqueles que eram conhecidos como *hoi mesoi*, uma vez que, por serem eqüidistantes dos extremos, constituíam um ponto fixo que servia para dar equilíbrio à cidade. Indivíduos e grupos ocupavam posições simétricas em relação a esse centro. A ágora, que representava essa organização espacial no solo, formava o centro de um espaço público comum. Todos que nela entravam eram, por esse fato, definidos como iguais, *isoi*. Por sua presença nesse espaço público, estabeleciam relações mútuas de perfeita reciprocidade. Observe-se também o restrito espaço em que as mulheres se locomoviam na Atenas clássica. Garner (1987: 84-5) afirma que embora seja possível arrolar épocas e lugares nos quais era aceitável, quando não esperado, que as mulheres fizessem aparições públicas, há fortes indícios de que em geral ficavam confinadas ao interior da casa, e que, quanto mais rica a casa, mais os criados suprimiam a necessidade de que elas precisassem sair. As mulheres não acompanhavam seus maridos aos jantares em outras casas, nem apareciam nos jantares organizados em suas próprias casas quando já estivessem presentes os convidados de seus maridos.

20. Em *The Open Society and Its Enemies: Vol. I Plato*, Popper (1945: 31) argumenta que Platão exemplifica esse "essencialismo metodológico". A tarefa do conhecimento puro ou da ciência pura consiste em desco-

zado[21]. Essa estrutura do conhecimento unia, mas também separava em seus respectivos domínios, o céu e a terra, condensando a regularidade da justiça e fornecendo os meios para se impor restrições às vantagens pessoais (ver as palavras dirigidas por Sócrates a Calicles em *Górgias*, 508a).

A NATUREZA PRÁTICA DA FILOSOFIA GREGA: OS ESCRITOS DE PLATÃO COM BASE NO DESEJO DE ENCONTRAR UMA POSIÇÃO A PARTIR DA QUAL CRITICAR AS CONVENÇÕES DA ORDEM SOCIAL[22]

A discussão sobre a idéia universal do bem sempre tem como ponto de partida a questão "humana": o que é o bem para nós?[23] Ter procedido de outro modo

brir e descrever a verdadeira natureza das coisas, isto é, sua realidade oculta que se encontra em algum lugar para além das aparências que nossos sentidos nos revelam.

21. Por outro lado, se tudo é interligado, como ter certeza de que uma coisa é realmente quente, e não fria? Legal, e não ilegal? Boa ou não? O ponto de vista contrário, o de que em vez de pares de opostos polares o que temos é uma escala contínua de graus de uma única qualidade (por exemplo, que o escuro é uma intensidade zero da luz, e que o repouso é um grau zero do movimento), exige uma forma totalmente nova de cálculo matemático, forma bastante difícil de visualizar. Um exemplo é a dificuldade de os líderes japoneses se declararem culpados ou inocentes nos julgamentos de guerra da Segunda Guerra Mundial. Argumentavam que eram ambas as coisas ao mesmo tempo, uma vez que a estrutura de sua ordem social e suas idéias sobre dever e responsabilidade implicavam que os elementos de culpa e inocência eram totalmente interligados, impossíveis de separar.

22. Platão (*c.* 427-347 a.C.) é reconhecido, juntamente com seu "professor" Sócrates e seu próprio discípulo Aristóteles, como um dos definidores cruciais da tradição ocidental em filosofia e pensamento social. Platão vinha de uma família que desempenhara importante papel na política ateniense, e seria natural que ele seguisse sua tradição. Ficou chocado, porém, com a natureza corrupta do universo político e revoltado com a execução, no ano 399 a.C., de seu amigo e professor Sócrates. Na juventude de Platão, o movimento democrático era formado por homens de origem humilde que tinham o poder de dominar a assembléia popular com a força de sua retórica; uma vez no poder, as políticas tendem a tornar-se populistas, o que agradaria ao público, e não uma análise racional daquilo que as circunstâncias exigem. Em 386 fundou uma escola para estadistas, a Academia. Isso refletia a crença de Platão de que não havia nada a fazer com a situação política contemporânea, e que as esperanças estavam em preparar uma geração futura para a busca racional do verdadeiro conhecimento, bem como na necessidade de aplicar tal conhecimento à esfera da política prática. Seu ideal era o governo do rei-filósofo. Seus adversários eram os sofistas, que em sua própria escola ensinavam as qualidades necessárias ao sucesso na vida cotidiana; a chave de seus ensinamentos era a retórica, ou a arte da expressão das próprias idéias e da persuasão. Platão achava que uma formação apenas em retórica era perigosa, uma vez que dava a uma pessoa a capacidade de expressar seus desejos e convencer os outros sem uma diretriz para seu próprio uso, sem nenhuma proteção contra os abusos. A *República** (escrita *c.* 375 a.C.), seu tratado mais conhecido, é um conjunto de diálogos sobre o Estado ideal; *As leis*, outra obra em forma de diálogo, descreve um Estado utópico a ser fundado em Creta, no século IV a.C., e foi escrita pouco antes da morte de Platão.**

* Para suas referências, o autor utiliza a edição Penguin de 1974, com tradução para o inglês de D. Lee. (N. do T.)

** O texto utilizado pelo autor é a edição Penguin de 1970, com tradução para o inglês de Trevor Saunders. (N. do T.)

23. Ver o auto-retrato de Sócrates no *Fédon* e a discussão, no *Filebo*, sobre até que ponto a paixão de nossos impulsos e nossa consciência podem ser equilibradas, em nossas vidas, em forma de um todo harmonioso.

teria parecido inautêntico. Mesmo no texto mais claramente "idealista" de Platão, a *República* – que estabeleceu um modelo para o Estado "ideal", onde o regime jurídico produz qualidade de vida –, a base é um entendimento da natureza do prático e da vida prática. A *República* começa com uma discussão sobre se o bem é prazer (*Hedoné*), como a maioria da população (*hoi polloí*) parece acreditar, ou se é razão (*phrónesis*). Consiste na satisfação dos impulsos imediatos, ou na intuição do bem? O que está em jogo é o ordenamento de uma racionalidade prática que irá legitimar o poder jurídico. As tensões da vida social devem ser equilibradas pelo poder direcional que o conhecimento (transcendental) do justo, do bem e do correto oferece. Nossa crença de que os conceitos do justo, do correto e do bem se referem, em última análise, a fenômenos que se situam em algum ponto além da confusão da vida prática, é essencial para permitir que o intelecto direcione as operações da vida prática. Mas como vamos conhecer a realidade do justo, do bem e do correto? Podemos confiar nas opiniões que nos cercam? Podemos chegar ao verdadeiro através do debate ou da argumentação? Não, afirma Platão; nossas circunstâncias nos enganam: precisamos transcender nossas opiniões e convenções e ver, ou apreender, a realidade pura[24]. Platão está convencido do acerto de sua metodologia epistemológica. No *símile do sol* (*República*), o filósofo combina sua tese do mundo das essências puras (as "idéias"), em contraste com o mundo das aparências, com a tese de nossos eus divididos, em que o temporal é rebaixado na comparação com a alma, que conhece as essências. É como se o conhecimento genuíno se manifestasse quando a alma pára de vagar pela estreita esfera dos corpos materiais, desliga-se das percepções dos sentidos e libera um tipo de inteligência que volta seu olhar para o aspecto imutável das coisas (*eîdos*). O conhecimento genuíno, portanto, requer uma inteligência que não está presa às percepções dos sentidos. Também requer um mundo inteligível que possa ser diferenciado do mundo material. O "olho da alma" e as "idéias" serão as precondições do conhecimento. A alma deve libertar-se do corpo e de seus sentidos inconstantes, e pôr em operação suas faculdades intelectuais. Deve dirigir seu olhar para objetos cheios de luz e, banhada da luz que emana desses objetos, ser capaz de ver a verdade, a beleza e a permanência essenciais.

24. Platão é geralmente tido como discípulo de Sócrates, que não se dava por satisfeito com explicações convencionais; insistia em perguntar sobre o sentido das expressões, e desestabilizava a confiança que o debatedor demonstrava ter em suas opiniões. Se, por um lado, esse processo argumentativo tinha por objetivo a busca da verdade ou da natureza essencial das coisas, por outro Sócrates não parece crer que o processo possa oferecer uma resposta absoluta. Portanto, Sócrates é de grande interesse para liberais modernos como Karl Popper, que afirma que enquanto a verdade for objeto da pesquisa científica e filosófica, nunca chegaremos à verdade absoluta. Ao contrário, Platão parece acreditar que os seres humanos são incapazes de compreender a sutileza desta posição e devem, categoricamente, acreditar que algumas coisas são simplesmente verdadeiras. Não verdadeiras no sentido do melhor que possamos argumentar em resultado de nossas metodologias e investigações, nem por concordância, mas simplesmente verdadeiras; verdadeiras em seu sentido absoluto, transistórico.

Para alcançar a verdade e afirmar o que é verdadeiramente natural e bom para a humanidade, precisamos superar a situação empírica em que nos encontramos. Sem dúvida, nossa deliberação e escolha situa-se na esfera de uma percepção da comunidade daquilo que é apropriado fazer. Somos autenticamente éticos em virtude de nossa participação na linguagem, nos costumes e nas práticas que têm por *locus* nossas instituições, que definem o que "nós" somos. À medida que cada ser humano cresce e passa do estado de dependência natural para a determinação plena de sua individualidade, irá encontrar – na linguagem, nos costumes e nas instituições locais – um conjunto pré-dado de coisas sociais que deve aprender, internalizar ou assimilar, para que possa criar seu próprio espaço; o "eu" e o "nós" são co-dependentes. O adulto bem-sucedido apropriou-se desses recursos, vive neles e através deles. O perigo, como Platão deixa claro no seu *símile da caverna*, está no deixar-se sufocar na esfera da convenção (*República*, 514a-521c)[25].

O MITO PLATÔNICO DA EMANCIPAÇÃO ATRAVÉS DA VERDADE: O SÍMILE DA CAVERNA

Platão ilustra a necessidade de esclarecer a humanidade através de uma história em que um grupo de pessoas vive em uma grande caverna na qual, desde a infância, sua posição foi tal que nunca viram a luz, mas vivem de acordo com as formas e sombras que consideram "reais". Criaram uma existência social baseada em ilusões e práticas que não têm relação com a "verdadeira" realidade; contudo, acreditam nessas ilusões e vivem satisfeitas.

Platão pergunta o que aconteceria se um desses prisioneiros fosse forçado a libertar-se, isto é, se fosse levado à força para fora da caverna e se visse à luz do sol. Enquanto, num primeiro momento, ficaria praticamente cego, incapaz de ver as coisas que, como agora lhe dizem, são reais, aos poucos passaria a ver os objetos reais. Sob a luz do sol, o prisioneiro se daria conta da falsidade da vida na caverna.

Se voltasse para a caverna, encontraria de início uma grande dificuldade e se mostraria incapaz de competir eficientemente com os outros prisioneiros em suas práticas convencionais. Estes então concluiriam que não valeria a pena abandonar a caverna. Na verdade, Platão conclui que matariam a pessoa que estivesse tentando libertá-las. Seria extremamente difícil "corrigir" as práticas da caverna. Ao ser deixado com seus desejos e projetos habituais, um indivíduo não tem como livrar-se da caverna; para que isso aconteça, o esforço e a força de vontade exigidos são enormes.

Sem dúvida, um dos temas dessa história é o desejo de Platão de defender a filosofia da afirmação de que tornava os homens inaptos para as turbulências da vida política cotidiana. Epistemologicamente, Platão está argumentando que só se pode ser racional na vida prática mediante o conhecimento do "outro" domínio – o domínio da verdade pura –, e que o verdadeiro conhecimento só é útil quando puder ser aplicado à vida prática. Os que detêm o verdadeiro conhecimento devem estar preparados para lutar arduamente por sua aceitação e assegurar-se de que suas sociedades são governadas de acordo com os preceitos de tal conhecimento.

Trata-se de um mito de esclarecimento. A humanidade vive a vida da caverna, e só pode criar as estruturas corretas para a existência social através da busca e da conquista da verdade pura. Precisamos de uma nova educação, um esclarecimento que transforme nosso modo de vida. A verdade existe, e podemos conhecê-la se mudarmos nosso enfoque, transferindo-o do mundo das aparências para o mundo das idéias (o domínio da "verdadeira realidade"). Como alcançar tal esclarecimento? E se as pessoas não o desejarem? Em vez de buscar a direção errada, nosso olhar deve voltar-se para "o modo como deve ser". Uma vez que até mesmo as "mais nobres dentre as criaturas" nem sempre querem olhar para a direção certa, os governantes devem "aplicar a coerção" para que elas possam deixar as trevas e ascender à luz. Da mesma maneira, quando os que se libertaram da caverna alcançam o mais alto conhecimento, não se deve permitir que permaneçam no mundo superior da contemplação; devem retornar à caverna e participar da vida e do afã dos prisioneiros. Essa narrativa de dois mundos – o mundo escuro da caverna e o mundo claro da luz – é o modo platônico de rejeitar o ceticismo e o relativismo dos sofistas, que pregavam a impossibilidade de se chegar ao conhecimento perfeito do modo como a sociedade devia ser ordenada. Contra eles, Platão argumenta que não só o conhecimento perfeito é possível, mas que é também infalível. O conhecimento verdadeiro é infalível porque tem por base o que é verdadeiramente real. Para Platão, o dramático contraste entre as sombras e os reflexos da vida na caverna e os objetos reais era o indício decisivo dos diferentes graus em que os seres humanos podiam ser esclarecidos. O filósofo via os correlativos das sombras na totalidade da vida e do discurso humanos. As divergências entre os homens quanto ao significado da justiça, por exemplo, decorriam do fato de cada um olhar para um aspecto diferente da realidade da justiça. Uma pessoa podia levar a justiça a significar o que quer que os governantes exigissem, com base no pressuposto de que a justiça tem a ver com regras

25. O ponto principal da narrativa é de natureza prática; em termos ideais, como coloca Platão, que pessoas deveriam assumir o papel de guardiãs do Estado senão aquelas que mais conhecem os princípios do bom governo e têm interesse por um modo de vida que não os leva a usar seu poder para cometer abusos? A realidade contrastante da política ateniense pode ser aferida a partir das cartas de Platão. Na sétima carta, depois de discutir sua reação à injustiça do julgamento e da morte de Sócrates, ele comenta seu interesse pela política e sua aversão à realidade que o levou à formulação da *República*:

> (...) quanto mais profundamente me dediquei ao estudo dos políticos e das leis e costumes atuais, e quanto mais velho me tornei, maior me pareceu ser a dificuldade de governar bem. Nada podia ser feito sem amigos e partidários confiáveis, e estes não eram fáceis de encontrar numa época que havia abandonado seu código moral tradicional, mas para a qual a criação de um novo código parecia ser uma dificuldade insuperável. Ao mesmo tempo, a lei e a moral se deterioravam a uma velocidade alarmante, com o resultado de que, embora eu ansiasse por uma carreira política, a visão de todo esse caos deixou-me atordoado, e ainda que eu nunca tenha deixado de refletir sobre o modo como as coisas poderiam ser melhoradas, e o conjunto das leis reformado, não agi de imediato, à espera de uma oportunidade favorável. Cheguei, por fim, à conclusão de que todos os Estados existentes eram mal governados, e que o conjunto de suas leis não era passível de reforma sem um tratamento drástico e uma boa dose de sorte. Na verdade, fui forçado a crer que a única esperança de encontrar justiça para a sociedade ou para o indivíduo acha-se na verdadeira filosofia, e que a humanidade só se veria livre de problemas quando os filósofos autênticos conquistassem o poder político ou quando os políticos, por algum milagre, se tornassem verdadeiros filósofos (Citado na introdução do tradutor inglês, edição Penguin, 1970: 16).

de comportamento estabelecidas pelo governante. Assim como a sombra tem alguma relação com o objeto do qual é a sombra, essa concepção de justiça tem alguma medida de verdade em relação a ela. Contudo, governantes diferentes exigem diferentes modos de comportamento, e não haveria nenhum conceito coerente de justiça se o conhecimento que os homens dela têm derivasse exclusivamente da enorme variedade de seus exemplos.

Os sofistas eram céticos quanto à possibilidade do conhecimento verdadeiro; impressionados diante da variedade e da constante transformação das coisas, argumentavam que, como o conhecimento provém da experiência individual, nosso conhecimento reflete essa variação, sendo portanto relativo a cada pessoa. Platão concordava que o resultado de se fundamentar o conhecimento em nossos sentidos é a variação, mas afirmava que o conhecimento real pertence à essência, à idéia. Não é uma questão daquilo em que se acredita, mas do que é verdadeiramente certo. Na história da caverna, a busca do conhecimento real pode corrigir o estilo de vida deturpado daqueles que se deixaram absorver pela vida prática. Platão é freqüentemente acusado de um perigoso elitismo ao afirmar que os indivíduos que conhecem o bem são superiores aos que permanecem presos às convenções morais ou políticas existentes. Isso, porém, equivale a perder de vista a preocupação e o sacrifício muito humanos dos que adquiriram um senso de justiça, do bem e assim por diante. Guiados pela experiência da verdadeira essência do justo, do bem, eles podem extrapolar o "justo" e o "bem" convencionais e viver intensamente o embate com a realidade. Ainda assim, terão de lutar com outros que aceitam a ação concreta das convenções sociais como única medida do bem e do justo; terão de lutar com as sombras e as imagens do *díkaion*, isto é, com as coisas humanas (*tá ton anthropon*), e com aquilo que pertence à preocupação humana (*tá anthropeia*). O homem que conhece o correto e o justo, ou o bem, pode não ser o vencedor, pois nesse embate é muito mais vantajosa a posição daquele que conhece os procedimentos da caverna, os subornos, as mentiras, o uso das sombras, a "informação incompleta das pessoas", as contradições no interrogatório das testemunhas pela parte adversa. Quem é, porém, o realista? E será que o homem que aspira a mais do que a mera participação nos jogos do medo ou da sobrevivência precisa acreditar em alguma coisa "além" da vida comum para poder transcender sua mesquinhez?[26]

26. É preciso, contudo, defrontar-se com a pergunta sobre qual é a base concreta desse conhecimento do verdadeiro e do bem. No caso de Platão o discurso, particularmente em seus escritos autobiográficos (isto é, nas *Epístolas*), surge como experiência mística ou religiosa na qual a luz irrompe subitamente na consciência do eu: "Em resultado da contínua aplicação ao tema em si e da comunhão com ele, irrompe subitamente na alma, como luz que uma centelha trouxesse à vida e que, a partir de então, se alimentasse a si mesma" (*Epístola* VII, 341). Qual é, porém, o significado disso? Significa que, para Platão, a totalidade da realidade – o domínio das idéias puras, onde residem a verdade pura e o bem – é, na verdade, um mistério? Que só por meio de uma experiência mística ou espiritual podemos ter certeza de ter chegado à "verdadeira" verdade? Se assim for, então o segredo da justiça jamais poderá ser alcançado através de processos racionais – tudo aquilo a que podem chegar "a lei e a justiça da filosofia jurídica" é humano, ou não passa de relatos adulterados e falíveis do direito e da justiça. Terá Platão entendido, na verdade, que a justiça pura permanecerá para sempre um mistério?

O conhecimento verdadeiro não é simplesmente um conhecimento das essências, das formas reais das coisas à espreita no interior de suas aparências inconstantes, mas vem somar-se à sabedoria (*sophía*)[27]. O conhecimento especializado é necessário, mas deve ser distribuído e aplicado (ver Livro IV da *República*); a cidade deve ser bem aconselhada por ele.

III. A FILOSOFIA DO DIREITO DE PLATÃO

A CONCEPÇÃO PLATÔNICA DE JUSTIÇA DO MODO COMO SE EVIDENCIA NA *REPÚBLICA*

O Estado ideal tem dois atributos-chave: (i) funda-se sobre a justiça; (ii) todos os cidadãos que nele vivem são felizes. Para chegar a isso, Platão procura criar uma cidade-Estado em pequena escala, tomando por modelo as sociedades um tanto tribais e fechadas de Creta e Esparta pré-clássicas. O naturalismo de Platão não é uma análise científica da realidade da Atenas contemporânea – que ele parece considerar repugnante –, mas uma nostalgia intelectual da suposta pureza de uma época de ouro mítica em que todas as coisas ocupam uma "posição natural". Para impedir que sua imagem da sociedade ideal seja vista como uma volta ao passado, Platão apresenta uma narrativa do desenvolvimento da vida na cidade. Embora a primeira cidade tenha surgido apenas como resultado de egoísmo material, logo começou a perseguir a idéia do *bem comum*. O que é o bem comum? Como conhecê-lo? Platão parece seguro de que alguns podem entender o que o bem comum realmente implica, e mostra-se bastante predisposto a defender a coerção e a manipulação para chegar a tais fins. A justiça, então, significa algo como "o que é necessário para o funcionamento do bem comum". A democracia tem o apelo da liberdade de pensamento, mas esta é também a razão de sua autodestruição. A democracia desposa a "liberdade" por meio da qual "todo indivíduo é livre para agir como bem lhe aprouver" (*República*, 375). Ainda que muitos, em nossa época, considerem o plura-

27. Vejamos um modelo normativo de um sistema jurídico. A teoria da *tékhne* consiste em aprender a metodologia da aplicação de regras gerais, mas o fosso entre teoria e prática pode ser muito óbvio. A prática viva da instituição, a organização cotidiana de tribunais, magistrados, advogados, testemunhas, demandantes e réus, pode exigir uma metodologia que provém da esfera da experiência geral, tendo a ver com a relação de fins e meios na ação prática ou pseudopolítica. O conhecimento das regras *per se* não contém nada que garanta sua correta aplicação. Na *Metafísica*, Aristóteles argumenta que o profissional não especializado (o curandeiro, por exemplo) pode ser mais bem-sucedido do que o especialista (nesse caso, o médico com formação científica). E, enquanto Platão enfatiza a importância da experiência prática em seu programa de educação, ele vai ainda mais fundo, conscientizando-se de que todas as regras devem ser interpretadas a fim de que possam ser aplicadas. Aqui, porém, como em todas as atividades, a prática é uma forma de teoria viva, e criar teoria é uma forma de prática. É possível empreender um exame teórico da interpretação, mas engajar-se na interpretação equivale a entrar nos domínios da prática.

lismo, a diversidade e a variedade atraentes, Platão enfatizava seus efeitos desintegradores. A autoridade é despojada de seus fundamentos, os jovens não respeitam os mais velhos, "e a mente dos cidadãos torna-se tão sensível que o menor sinal de coibição é percebido como algo intolerável" (384). Ele adverte que a dissensão prospera quando não há coesão social, e que o resultado é a luta de classes. Precisamos de uma visão social abrangente que nos assegure de que a estrutura social é justa. Isso vai de encontro à imagem liberal da liberdade, mas, pergunta Platão, qual o preço da liberdade em uma sociedade que ostenta suas desigualdades? Tal sociedade irá, inevitavelmente, dar origem a uma luta entre as facções antagônicas – os ricos e os pobres – a propósito dos recursos materiais da sociedade. E o que dizer da condição moral da sociedade na qual a experimentação e a diversidade são tidas como valores? Platão faz uma advertência em sua descrição de uma sociedade permissiva no Livro VIII. Lee (1974: 30) sugere que "desunião, incompetência e violência, que ele tinha visto em Atenas e Siracusa, eram os piores perigos contra os quais Platão julgava que a sociedade devia ser protegida".

Qual é o papel do direito? O direito assegura ação coletiva. Referindo-se novamente ao mito da caverna, Platão leva um personagem central do diálogo a argumentar que:

> (...) nosso trabalho enquanto legisladores consiste em levar as melhores mentes a atingir aquilo que chamamos de forma superior do conhecimento, e a ascender à visão do bem (...), e quando finalmente o conseguirem, vendo as coisas com clareza, impedir que (...) permaneçam no mundo superior, recusando-se a voltar para os prisioneiros da caverna e com eles compartilhar suas honras e recompensas. (...)
>
> O objetivo de nossa legislação não é o bem-estar específico de qualquer classe em particular de nossa sociedade, mas o da sociedade como um todo; e esse objetivo comporta a persuasão e a coerção, para unir todos os cidadãos e fazê-los compartilhar os benefícios que todo indivíduo pode trazer à comunidade; e seu objetivo, ao enfatizar essa atitude, é o de não permitir que cada um faça o que bem entende, mas sim fazer de cada homem um elo na unidade do todo (*República*, 519e-520).

O filósofo liberal Karl Popper, do século XX, é contundente em sua análise desse "direito natural", vendo-o como uma tentativa de recriar um "modo de vida social 'natural', isto é, tribal e coletivista" (1945, vol. I: 80). O direito impregna os padrões de pensamento de todos, sancionando uma existência social em que o coletivo esmaga a individualidade.

A idéia do direito como formador da república ideal é extremamente diferente da idéia liberal que passou a enfatizar a tolerância e a pluralidade. Primeiro, devemos entender que mesmo o uso dado por Platão ao conceito que traduzimos como "república" tinha um significado diferente de seu uso moderno. Em sua época, o mundo grego apontava, na verdade, para uma interligação de "Constituição", "Estado" e "sociedade". O direito não era visto como algo independente do social; as idéias de um direito constitucional moderno, infundidas pela ideologia do princípio geral de direito e da separação dos poderes (Barnett, 1995; Loveland, 1996), encontram pouca ressonância. Em parte, isso era um reflexo da menor escala em que operava a cidade-Estado grega – os tribunais, por exemplo, em geral não contavam com a atuação de advogados, sendo mais uma instituição popular –, e era também um reflexo da crença em que a virtude e a lei eram interpenetrantes. A boa lei levava à virtude, e esta resultava em boas leis. Ética, política, educação, direito e filosofia – tudo isso formava um todo prático e indivisível.

O PAPEL DA EDUCAÇÃO PARA A "VERDADE"

A força básica que mantém a república é o caráter e a educação das classes dominantes ou de um grupo especializado de "Guardiães". Todos os indivíduos devem submeter-se ao treinamento da inteligência para aprenderem a controlar as paixões, e esse treinamento vai refletir-se em um sistema de educação, ou de preparo e instrução dos jovens, harmonizando-os com o caráter do governante. A educação, porém, não é vista como uma transferência do conhecimento para a alma, como conferir o sentido da visão a olhos cegos; assemelha-se mais a levar o olho a voltar-se para a luz (*República*, 518b-c). O educador deve oferecer as condições nas quais o tipo certo de mente possa desenvolver suas aptidões. O sistema é autoritário no sentido de ser a única educação oferecida; não se apresenta nenhum sistema alternativo, e tampouco valores alternativos são apresentados como desejáveis. Para o cidadão médio, não há nenhum estímulo ao questionamento das crenças sociais; a pesquisa educacional livre é reserva de domínio de uma elite que já passou por um longo processo de educação secundária. O sistema educacional impõe aos jovens um único conjunto de valores, e o faz de modo que assegure que mais tarde eles não venham a tornar-se céticos quanto a eles. Não se trata, simplesmente, de que Platão pareça afirmar que existe uma verdade moral a ser conhecida, e que podemos estar seguros de chegar a conhecê-la, mas é quase insignificante seu desejo de educar as pessoas para que se tornem seres autônomos. Platão não vê sentido no subjetivismo; ao contrário, é crucial estabelecer a autoridade. Uma vez que só a elite dispõe dos recursos da educação, do tempo e da aprovação para envolver-se com o questionamento intelectual sistemático, segue-se que a massa da população não pode esperar por nenhuma realização que provenha de tal indagação, e seria perigoso encorajá-la a um amplo questionamento das convenções sociais que estão nas bases da ordem. Que valor poderia ter uma pessoa que se envolvesse em um processo pessoal de especulação sem chegar à resposta correta ou, quando muito, que chegasse apenas a uma resposta parcial? Os que conhecem a resposta devem simplesmente fornecê-la a essa outra pessoa.

Para o liberal moderno, Platão tem não apenas uma confiança equivocada na possibilidade concreta de se chegar à verdade absoluta, como também demonstra uma confiança ingênua na capacidade de as elites apreenderem-na e agirem com

integridade, de modo que usem seu poder em conformidade com os ditames de tal conhecimento. Filósofos do conhecimento e da ciência contemporâneos são bem menos otimistas sobre pretensões à "verdade"; Platão simplesmente confia em excesso no exercício do poder por parte das elites. Além do mais, como Aristóteles assinalaria, Platão parece incapaz de distinguir entre unidade e uniformidade. Tendo em vista sua divisão das pessoas em diferentes papéis sociais, a unidade da sociedade provém do desempenho dos papéis dentro de uma mesmice uniforme. E Platão também não se ocupa muito daqueles que não conseguem desempenhar seus papéis com o devido sucesso. A partir de sua discussão, fica claro que ele considera impossível que alguém com uma doença crônica debilitante possa levar uma vida digna de ser vivida (*República*, 407a-407b), e que não admite que uma pessoa possa encontrar fontes de valor em sua vida que não sejam aqueles já sancionados. Tomemos o conhecido exemplo do carpinteiro que tem uma doença crônica. Platão afirma que não faz sentido manter o que resta de sua vida com a ajuda da medicina; é melhor que ele morra e fique livre de seus problemas, uma vez que sua vida não tem valor algum se ele não mais consegue realizar seu trabalho (*República*, 406d-407a). Se uma pessoa não consegue desempenhar o papel social que estrutura sua vida, a continuidade de tal vida perde todo e qualquer sentido. A opinião da pessoa é irrelevante, mera subjetividade em desarmonia com a realidade objetiva.

Na República ideal, cada pessoa pertence a uma de três ordens ou classes sociais legitimadas pelo sistema de educação e criação. Na base está a aceitação da verdade da posição natural e do papel das pessoas. Os que concluíram com êxito sua educação como "Guardiães" irão tornar-se governantes (*phylakes*) ou guerreiros (chamados de auxiliares, *epikouroi*). Platão também enfatizava o imperativo de se manter a unidade o tempo todo, uma necessidade que o leva a sugerir a exigência de um mito de fundação; uma narrativa grandiosa que transmitisse convicções à comunidade toda e legitimasse a divisão por classes e as diversas instituições (414-415d)[28]. Primeiro, os governantes e os soldados são convencidos de que a formação e a educação que receberam foi algo que aconteceu em um sonho; na verdade, eles foram forjados nas profundezas da terra, e sua mãe, a própria terra, foi quem os trouxe à luz quando eles já estavam prontos. Portanto, devem ver a terra em que vivem como sua mãe e protegê-la quando for atacada, enquanto seus concidadãos devem ser considerados como irmãos nascidos da mesma terra. Os Guardiães deveriam então contar a todos os demais outra "nobre mentira": enquanto todos os cidadãos (os membros daquela comunidade) são irmãos e irmãs, nascidos da mesma mãe, eles são de composição diferente; alguns têm ouro em sua natureza, outros prata, outros ferro ou bronze[29]. Além disso, é importante que os metais, que diferenciam as classes, não se misturem ou confundam. Assim, enquanto os pais que reconhecem que seu filho tem ouro em sua composição devem garantir que ele seja promovido à classe dos Guardiães potenciais, os pais da criança com ferro ou bronze em sua constituição devem endurecer seu coração e rebaixá-la às categorias dos operários ou agricultores.

28. Platão está reconhecendo que o sistema precisa de uma fonte de *legitimidade* que é maior e diferente dele próprio. Tradicionalmente, enfatizam os estudiosos, a legitimidade deve vir sempre de alguma fonte que não seja o ato de apoderar-se de si mesma. Todos os sistemas exigem um processo por meio do qual *seu poder é visto como autoridade* por aqueles que a ele se submetem; isto é, como algo de certa forma natural. A legitimação, o processo mediante o qual nos referimos a uma fonte de valor pressuposto que confere poder em forma de autoridade, é um evento circular complexo. A fonte de autoridade deve ser sempre pressuposta, trazida à existência, e ainda assim é sempre pressuposta como algo anterior, como se viesse antes do processo mesmo. O anseio legitimador remonta a algum evento, a uma fundação, a um estado de ser original – não importa o quão remoto – que fixa a verdade do estado de ser vigente.

A ÊNFASE SUBJACENTE NA UNIDADE DO OBJETIVO SOCIAL

Três pontos estão na base da república ideal de Platão: (i) a unidade do Estado é suprema; (ii) esse estado de coisas não é mantido fundamentalmente por leis e normas, mas pelo caráter dos Guardiães e pelo sistema educacional geral que produz os Guardiães e outros; e (iii) os Guardiães não hesitam em comandar e usar os recursos de que dispõem, inclusive os de natureza discursiva e hegemônica, tendo em vista a manutenção dos interesses de Estado. A unidade é vital. Há certos fatores pragmáticos em atuação: para ser unificado, o Estado não deve ser muito grande nem muito pequeno, e além do mais não deve conter extremos de riqueza, pois uma verdadeira cidade é uma unidade, e não um fenômeno dividido (422e). Uma cidade requer unidade de fins – este é o verdadeiro mecanismo constitutivo[30].

Platão é sem dúvida elitista e centralizador; o poder deve ser exercido por um conjunto de especialistas sistematicamente produzidos e educados. O sistema pro-

29. O grande teórico da legitimidade, Max Weber (aqui discutido no capítulo 11; sua obra principal é *Economy and Society*, 1978), enfatizava que, quando as classes ou os indivíduos afortunados querem justificar sua posição, o apelo à tradição é o método usual de fazê-lo. Weber refere-se ao mito comum da "superioridade do sangue" como algo semelhante à linhagem sucessória que um rei usaria para justificar seu próprio reinado. A tradição é um dos três modos dominantes de legitimação, ao lado dos modos "carismático" e "jurídico-racional". Mas a tradição é mais ampla, uma vez que até mesmo o modo "moderno" de autoridade jurídico-racional requer valores comuns que já estejam há muito estabelecidos, e no sistema jurídico moderno – a forma ideal de dominação jurídico-racional – o imaginário do costume, do precedente e da veneração pelas decisões do passado é de importância central.

30. Portanto, as entidades de existência concreta, identificadas como cidades, podem não ser Estados verdadeiros para Platão, uma vez que não têm o sentido de propósito e unidade que uma verdadeira cidade (Estado) deveria ter. Os Guardiães são autorizados a impor medidas que assegurem a unidade e acabem com as fontes de conflito e instabilidade. A propriedade é comum e a família nuclear não existe, sendo substituída por escolas mantidas pelo Estado e por programas educacionais fixos de controle igualmente estatal. Ambas as medidas se destinam a conferir maior unidade à cidade. Os conflitos por interesses não são regulados por uma estrutura jurídica, mas simplesmente abolidos. Portanto, uma sociedade pluralista seria considerada como um fracasso por Platão, uma vez que seus membros se veriam a si próprios como pertencentes a alguns grupos menores, muitos dos quais com objetivos conflitantes.

duzirá cidadãos de bom caráter que, por sua vez, vão gerar filhos melhores do que eles próprios, e assim por diante. O direito tem um papel limitado, e não deve ser um obstáculo aos governantes: "homens bons não precisam de ordens, (...) saberão descobrir facilmente qual legislação é necessária em termos gerais" (425e). Em vez de ser uma ordenação jurídica ou um código de leis, a educação dos Guardiães confere força estrutural à república, e eles não se vêem limitados por uma Constituição, ou por leis, em suas relações com as outras classes que constituem o objeto de seu domínio. Para a sensibilidade moderna, a ordem social é envolta em uma ideologia total de classe e posição social, refletindo uma suposta ordem natural; em última instância, mesmo os governantes passam a crer no mito de sua origem e de sua formação superior. Desse modo, a segurança desse "Estado ideal" funda-se, na verdade, sobre a predisposição das pessoas em acreditar em um mito[31].

A ABORDAGEM MAIS PRAGMÁTICA DE *AS LEIS*

> Se fôssemos considerar um ditador que é jovem, moderado, rápido no aprender, com boa memória, nobre e corajoso (...) e que, nesse particular, tivesse sorte também, ele deveria ser contemporâneo de um eminente legislador e ter a felicidade de vir a conhecê-lo. Satisfeitas essas condições, Deus terá feito quase tudo que geralmente faz quando deseja tratar um Estado de modo particularmente favorável (Platão, resumo de um diálogo de *As leis*).

A *República* de Platão é comumente apresentada como se contivesse tudo que se precisa conhecer sobre esse autor, uma vez que representa suas mais puras afirmações; às vezes, estudiosos argumentam que se trata, na verdade, de um extenso programa que se destina a chocar o leitor, levando-o a pensar em como a ordem social contemporânea poderia ser modificada (Platão, afirma-se, sabia muito bem que sua república ideal era impossível de ser posta em prática). Ao contrário, sua última obra, *As leis*, parece propor um meio-termo intelectual com a pureza de seu idealismo, que se poderia interpretar como uma sugestão prática sobre a maneira de se criar, com êxito, uma verdadeira sociedade. Como afirma Saunders (1970: 29), os princípios básicos dessa nova utopia podem ser assim resumidos:

(a) certos critérios morais absolutos existem;

(b) por mais imperfeitos que sejam, tais critérios podem ser incorporados a um código jurídico;

(c) por seu desconhecimento da filosofia, a maior parte dos habitantes de um Estado nunca deve pretender agir por iniciativa própria para modificar as idéias morais ou o código jurídico que as reflete; em vez disso, tais pessoas devem viver em total e incondicional obediência às regras e aos preceitos imutáveis que o legislador criou para elas.

De novo, Platão está pensando em um Estado pequeno e dotado de recursos materiais – um Estado em que não existem grandes diferenças de riqueza ou *status*. Quando criadas pela primeira vez, as leis podem precisar de modificações à luz da experiência, mas logo irão cristalizar-se em uma forma praticamente imutável. Platão atribui a um Conselho Noturno a tarefa de supervisionar os estudos sobre o funcionamento do sistema jurídico e de sugerir algumas mudanças. A obediência racional, e não o medo das sanções, é o método mais eficiente para se obter obediência, razão pela qual cada artigo da lei deve conter um preâmbulo para explicar a racionalidade desta e, espera-se, tornar redundante o elemento repressor do direito positivo. É melhor que uma pessoa se abstenha de cometer crimes, ou adote um certo modo de agir, não por medo das conseqüências de seus atos, mas por estar convencida de sua legitimidade.

REFLEXÕES FINAIS SOBRE O CONCEITUALISMO DE PLATÃO: ELE OFERECE IDEAIS DE REALIDADE OU CRIAÇÕES DA IMAGINAÇÃO?

Para Karl Popper, Platão é perigoso por apresentar o cosmo como se existisse um domínio das essências puras ou de certezas ontológicas que as elites podem vir a conhecer. O direito natural seria, então, a obediência do homem às leis criadas de acordo com esse conhecimento. A sociedade justa é aquela que seria governada por tal conhecimento, motivo pelo qual a pólis se tornaria sóbria e racional. Na pólis devidamente organizada, todo homem encontraria a felicidade no desempenho de suas

31. Em seu livro *Conditions of Liberty: Civil Society and Its Rivals*, Ernest Gellner (1994: 31-2) argumenta, falando em termos gerais, que as sociedades humanas mantêm a ordem por meio da coerção e da superstição. O Iluminismo tentou substituir essa base por outra em que a sociedade tivesse por fundamento a verdade e o consenso. Para Gellner,

> (...) há muito boas razões pelas quais somente a coerção pode formar a base de qualquer ordem social. Qualquer sistema em operação deve ter alternativas possíveis, tanto da organização em si quanto da distribuição dos cargos nessa organização estável. Para uma parte muito significativa da população essas alternativas pareceriam sempre preferíveis, e não se pode pressupor que todas essas pessoas sejam tolas. É preciso pressupor, então, que elas tentariam pôr em execução a alternativa mais favorável (a elas), a menos que se vissem coibidas pelo medo. Infelizmente, para mim, o argumento é irrefutável: as condições bastante especiais que podem induzir as pessoas a aceitar a ordem social, inclusive sem medo, voluntariamente, são de fato as precondições da sociedade civil, mas estas não surgem com facilidade ou freqüência. A maioria só pode ter interesse em conformar-se, inclusive sem intimidação, em condições de desenvolvimento geral em que a vida social se caracterize muito mais por ganhos do que por perdas.
>
> A razão pela qual a sociedade deve basear-se na falsidade é igualmente óbvia. A verdade independe da ordem social, não está a serviço de ninguém e, quando não obstruída, terminará por destruir o respeito por qualquer estrutura de autoridade. Só as idéias pré-selecionadas ou pré-inventadas, e em seguida congeladas pelo ritual e pela santificação são passíveis de manter uma estrutura organizacional específica. O livre questionamento irá destruí-la. Além do mais as teorias, como os filósofos gostam de nos lembrar, são subdeterminadas pelos fatos. Em outras palavras, por si só a razão não irá e não poderá engendrar aquele consenso que está na base da ordem social. As circunstâncias de um caso, ainda que não ambíguas (o que raramente acontece) não vão engendrar uma imagem comum da situação, muito menos de objetivos comuns.

tarefas naturais. O governante retorna de seu encontro com a verdade para dominar o caos político da pólis e criar o Estado justo. O governante tem a garantia de exercer legitimamente seu poder não por meio de uma legitimidade política – por exemplo, o consenso democrático –, mas através de seu entendimento da natureza matemática da ontologia do cosmo e de sua concepção dessa ontologia. Popper vê em Platão um homem de gênio cuja imaginação política e jurisprudencial foi inspirada pelo medo do caos social e pela necessidade de uma ideologia da "verdade" que seja capaz de garantir o controle social. Mas há ocasiões em que também podemos encontrar Platão sugerindo que sua teoria das idéias é uma necessidade política, e não epistemológica[32]. O trecho-chave ocorre quando Platão faz Sócrates concluir seu discurso sobre a possibilidade de uma pólis justa por meio de uma alusão à sua impossibilidade:

> Talvez seja um paradigma estabelecido no Céu para aquele que quer ver e, tendo visto, funda uma pólis dentro de si próprio. Não faz diferença se a pólis existe em algum lugar, ou se irá existir um dia. Ele só praticará os atos peculiares a essa pólis, e nenhum outro (*República*, 592b2 ss.).

Sócrates parece argumentar que a pólis "verdadeira", de justiça absoluta, não será nunca encontrada na história real, e que tampouco é possível encontrar a "verdade" pura; o indivíduo racional não pode afirmar-se em plena posse da verdade, mas apenas de um "ideal" ou conceito. A pessoa racional que procura a justiça deve voltar-se para o idealismo não por querer fugir ao compromisso político, mas porque precisa de ideais – ou modelos matemáticos – a fim de orientar-se na contingência do empírico, que sob outros aspectos mostra-se discrepante. Sua afirmação da verdade do direito natural é um compromisso político com certos modos racionalmente percebidos de organizar e expressar o sentido da vida humana.

IV. A FILOSOFIA DO DIREITO DE ARISTÓTELES

ARISTÓTELES E A ÉTICA DOS FINS NATURAIS

Ainda que Aristóteles (384-212 a.C.) seja em geral apresentado como o criador de uma abordagem mais empírica, em contraste com o idealismo de Platão, ele também compartilha a crença em que há uma certa estrutura ontológica na base da natureza humana e do cosmo. Os escritos de Aristóteles são extremamente lógicos,

32. Essa leitura nos levaria a argumentar que a imagem da justiça de Platão é em última instância política, e não metafísica. Isso contraria a tradição dominante de ler Platão de modo que se entenda sua concepção como essencialmente ontológica; como se estivesse condicionada à afirmação de que existe, de fato, um domínio atemporal de idéias ou essências que constituem a verdade "última" da existência.

mas operam com base na classificação de um material fornecido por técnicas de observação (empirismo) vagamente fundamentadas em estudos biológicos. Aristóteles exige que procuremos a essência das coisas, mas que, ao fazê-lo, não postulemos que tudo é um reflexo de alguma idéia ou essência pura; ao contrário, devemos tentar determinar a natureza essencial das coisas do modo como operam nos processos naturais do mundo. Nossa busca da essência de uma coisa é uma busca da natureza dessa coisa: o que ela é, e como ela se ajusta ao quadro mais amplo do *modus operandi* do mundo. A teoria platônica de um outro mundo atemporal de essências parece postular que, de algum modo, a "realidade" concreta das coisas existia fora do tempo e das estruturas espaciais que damos por certos quando estabelecemos nossas relações com as coisas. Para Aristóteles, porém, devemos voltar nossa atenção para o modo como as coisas funcionam neste mundo à nossa volta. Que diretrizes devemos usar? Devemos procurar pelas semelhanças subjacentes no movimento e na transformação que nos cercam. Nosso pressuposto básico é o de que a mudança não é casual, que as coisas se desenvolvem de modo previsível, e que estabelecemos distinções entre as mudanças que são naturais e aquelas que são produto do artifício humano. As mudanças naturais são respostas aos modos de comportamento já incorporados que as entidades naturais apresentam; por exemplo, as plantas crescem e adquirem formas específicas, com modos de "ser" que as distinguem de todas as demais. Os objetos naturais mudam tendo em vista o seu "fim", e é por meio do entendimento desse processo que o "bem" dos objetos e ações se torna visível: "o fim para o qual cada ação é praticada é o bem, o bem em cada caso particular, e em geral o bem supremo na totalidade da natureza" (*Metafísica*, 982b). O processo dominante na vida é a mudança – o desenvolvimento –, e não algum modo estático de ser. Considera-se, portanto, que os textos aristotélicos sobre a vida humana têm por base uma narrativa teleológica ou intencional da natureza humana: tudo, na natureza, tem um "fim" específico a alcançar, ou uma função a cumprir. O cosmo é *teleológico* em sua estrutura[33].

Uma vez que a existência social é natural, e não um compromisso forçado, está na natureza dos seres humanos viver em sociedade. Aristóteles argumentava que a sociedade grega contemporânea era resultado de um processo gradual em que a natureza do homem vinha se concretizando. Historicamente, diz ele, a cidade-Estado é um resultado orgânico da união de várias cidadezinhas que desse modo chegaram

33. Apesar de a mudança aparentemente incluir, para Aristóteles, o movimento, o crescimento, a decadência, a geração e a corrupção, ele parece bem mais otimista do que Platão. Para Popper (1945, Vol. II: 5), Aristóteles permanece sob a influência da idéia platônica das essências, mas agora a essência de alguma coisa encontra-se em sua etapa final de desenvolvimento, e não em algum estado original. A teleologia é a afirmação de que "*a forma ou a essência de qualquer coisa em processo de desenvolvimento é idêntica ao propósito, ao fim ou ao estado final em direção aos quais ela se desenvolve* (...). A forma ou a idéia que ainda é, com Platão, vista como o bem, situa-se no fim, não no começo. Isso caracteriza, no caso de Aristóteles, a substituição do pessimismo pelo otimismo".

a um estado de "auto-suficiência". A cidade-Estado não existe meramente para a satisfação de necessidades materiais; ao contrário, procura satisfazer a necessidade humana de uma vida existencial satisfatória, e precisamos nos empenhar por fazer com que esse modo de vida esteja em harmonia com a natureza do homem:

> (...) enquanto [a cidade-Estado] passa a existir no interesse da vida, ela existe para o bem viver. Portanto, toda cidade-Estado existe por natureza. (...) é o fim das outras associações, e a natureza é um fim uma vez que aquilo que toda coisa é quando seu desenvolvimento está completo é por nós referido como a natureza de cada coisa, por exemplo a de um homem, um cavalo, uma família. Uma vez mais, o objetivo para o qual uma coisa existe, seu fim, é seu bem supremo; e a auto-suficiência é um fim, e um bem supremo. A partir dessas coisas, portanto, fica claro que a cidade-Estado é um desenvolvimento natural, e que o homem é, por natureza, um ser inclinado a uma existência cívica (*politikon zoon*) (Aristóteles, *Política*, 1.1).

O desenvolvimento ocorre através da *dialética da potencialidade* e da *realização*. Tudo, no cosmo, tem o poder de tornar-se aquilo que sua forma estabeleceu como seu fim. O fim de uma bolota de carvalho, por exemplo, é transformar-se em um carvalho. Por ora, sua realidade fenomenal é uma bolota; sua potencialidade é um carvalho. A passagem de potencialidade para realização é uma lei fundamental da natureza. Para a bolota transformar-se em carvalho, é preciso que existam as condições ideais; da mesma maneira, as condições ideais devem existir para que o menino se transforme em homem. O processo é evolucionário e se dá a partir da matéria natural básica da entidade; o menino deve existir e ter uma certa natureza para que possa transformar-se em homem. Todo ser vivo tem uma capacidade diferente de atividade e organização, e há elementos diferentes com os quais os corpos são constituídos ou *organizados*: Aristóteles chamou esses modos diferentes de organização de um corpo de almas, e estabeleceu uma hierarquia de fins. A alma vegetativa tem apenas o estado de existir; a alma sensível tanto existe quanto sente, e a alma racional combina as faculdades da existência, do sentir e do pensar. A alma racional tem a capacidade de deliberar – ela busca a verdade na natureza das coisas, e descobre os princípios subjacentes ao comportamento humano.

A *Ética a Nicômaco* começa com a premissa de que toda arte, toda investigação e, da mesma forma, toda ação e busca têm por finalidade algum bem. Portanto, a questão que se coloca para a ética é: "Qual é o *bem* a que o comportamento humano aspira?" Enquanto Platão parecia argumentar que o homem aspira a um conhecimento da idéia do bem (esse princípio supremo do bem era separado do mundo da experiência e dos homens individualmente considerados, e a ele se chegava por meio da ascensão da mente, que ia do mundo visível para o mundo inteligível), para Aristóteles o princípio do bem e do correto era inerente a cada homem: "O bem não é um termo geral que corresponde a uma única idéia" (*Ética a Nicômaco*, 1096b). Aristóteles argumenta que mesmo que Platão estivesse certo, seria de pouca importância para nossa vida prática, uma vez que o bem supremo estaria envolto em mistério: "Se o bem predicado de várias coisas em comum é na verdade uma unidade, ou alguma coisa de existência independente e absoluta, fica claro que não pode ser praticado ou alcançado pelo homem. Mas o bem que aqui procuramos é um bem que está ao alcance do ser humano" (*ibid.*, 1096b-1097a). Devemos buscar as concepções do bem e do correto que nos forneçam orientação prática para o bem viver. Os princípios da ética podem ser descobertos através do estudo da natureza essencial do homem e alcançados através de seu comportamento na vida cotidiana, mas Aristóteles adverte que o nível de precisão não é exato. Contudo, não devemos inferir, com base na variação e no erro inerentes à ética, que as idéias sobre certo e errado sejam puramente convencionais; Aristóteles está convencido de que eles existem "na natureza das coisas".

Como podemos saber quais são os fins para o homem? Precisamos refletir sobre o modo como a vida humana é vivida, e chegar a entender o modo como precisamos viver para podermos descobrir quais são nossos objetivos humanos. Podemos distinguir entre fins instrumentais (atos praticados como meios para outros fins) e fins intrínsecos (atos praticados em seu próprio interesse). Vejamos o caso da guerra, em que diferentes pessoas e atividades estão conjuntamente envolvidas em um projeto de extrema abrangência. Os carpinteiros constroem barracas e, assim que as concluem, já desempenharam sua função de carpinteiros. As barracas também desempenham sua função ao oferecerem um abrigo seguro aos combatentes. Os fins aqui alcançados, tanto pelos carpinteiros quanto pela construção, não são fins em si mesmos; são simplesmente instrumentais, meios para se oferecer moradia aos soldados até eles passarem para a etapa seguinte de sua ação. Da mesma maneira, o construtor de navios desempenha sua função quando o navio está concluído e é bem-sucedido em seu lançamento, e aqui novamente esse fim é, por sua vez, o meio para se transportar os soldados para o campo de batalha. O médico desempenha sua função na medida em que mantém os soldados em bom estado de saúde, e nesse caso o "fim" da saúde torna-se um "meio" para a eficácia dos combates. O oficial tem por objetivo a vitória na batalha, mas a vitória é o meio para a paz. A paz em si, apesar de ser às vezes equivocadamente vista como o fim último da guerra, é também o meio para a criação das condições nas quais os homens, como homens, possam desempenhar sua função enquanto homens. Quando descobrimos o que os homens almejam, não como carpinteiros, médicos ou generais, mas como homens – homens em termos gerais –, chegaremos então à ação *pela ação*, para a qual toda e qualquer outra atividade é somente um meio, e esse, diz Aristóteles, "deve ser o bem do homem". O bem do homem é uma coisa que existe independentemente das diferentes tarefas nas quais ele se engaja. Uma pessoa pode ser boa em sua profissão sem ser um bom homem, e vice-versa. Estão presentes diferentes níveis de existência e funcionalidade. Para descobrir o bem ao qual o homem deve aspirar precisamos descobrir a função distintiva da natureza humana – o homem bom é aquele que desempenha sua função como homem.

Como todas as partes do corpo humano têm funções, podemos procurar a função geral das espécies por meio de perguntas como "qual é a função do homem?", "qual o modo específico de atividade do homem"? A resposta deve proceder de análises empiricamente fundamentadas da natureza humana e das necessidades da vida social. A resposta não pode ser simplesmente a vida, pois esta é obviamente compartilhada com todas as formas vivas de existência, inclusive com os vegetais. Tampouco é a vida da sensação, uma vez que o que aí se exprime é o tão-somente animal. Em vez disso, para o homem o fim encontra-se numa vida ativa que envolva a reflexão e a ação racionais. O bem humano é a "atividade da alma em conformidade com a virtude".

O aspecto mais importante da pessoa é a alma humana que tem duas partes, a irracional e a racional. A irracional, por sua vez, divide-se em duas subpartes: a vegetativa e a desejosa, ou "apetente". Em geral, os desejos e apetites agem em oposição ao "princípio racional, resistindo e opondo-se a ele". A moralidade é a tarefa contínua de mediar o conflito entre os elementos racionais e irracionais dos seres humanos.

A compreensão e a ação orientadora é uma responsabilidade central para a moralidade. Nada pode ser chamado de bom a menos que esteja funcionando; é preciso participar de um jogo para concorrer a um prêmio; o homem bom vive uma vida virtuosa.

A FELICIDADE COMO FIM ÚLTIMO DA VIDA HUMANA

A vida humana não é um fenômeno estático, mas sim um fenômeno ativo – desde o momento em que nasce, a pessoa luta por tornar-se humana, para viver uma vida plena. Como podemos viver bem a vida? Toda ação humana deve almejar seu próprio fim, mas poderemos afirmar o que isso significa através da observação empírica? Por toda parte vemos os homens à procura do prazer, da riqueza e da honra; será que a vida humana se resume a isso? Aristóteles diz que não. Se, por um lado, esses objetivos têm valor, por outro nenhum deles têm as qualidades últimas e *autosuficientes* – "aquilo que é sempre desejável em si mesmo, e nunca em nome de outra coisa qualquer" –, qualidades *alcançáveis* pela razão, que dela fariam o verdadeiro fim da ação humana. A felicidade é o fim que, por si só, satisfaz todas as exigências do fim último da ação humana[34]; na verdade, só optamos pelo prazer, pela riqueza e pela honra porque pensamos que "através de sua instrumentalidade seremos felizes". A felicidade é outra palavra, ou outro nome para *o bem dos seres humanos*, uma vez que, a exemplo do bem, a felicidade é a concretização de nossa função distintiva. De

34. "A felicidade, acima de tudo, parece ser absolutamente conclusiva nesse sentido, uma vez que sempre a procuramos por si mesma, e nunca como um meio para se chegar a outra coisa qualquer" (*Ética a Nicômaco*, 1097b).

fato, afirma Aristóteles, experimentamos a felicidade quando agimos virtuosamente: "a felicidade é um movimento da alma no sentido da excelência ou da virtude".

De imediato, porém, isso parece estranho. Afinal, o mundo empírico está cheio de pessoas que sem dúvida alguma não agem virtuosamente, mas que parecem felizes; criminosos que não são presos, políticos que mentem e trapaceiam para obter poder e não largá-lo. Por outro lado, o homem virtuoso muitas vezes parece profundamente infeliz. Como podemos manter a fé no conceito da vida virtuosa?

Aristóteles faz uma distinção entre felicidade verdadeira e mero prazer. As tentações do mundo nos instigam com suas promessas de prazeres, mas tais promessas não passam de ilusões – há uma felicidade possível, real e genuína, se perseguirmos a virtude. Não devemos nos esquecer de nosso eu dividido – somos ao mesmo tempo racionais e cheios de apetites empíricos pelo prazer físico e psicológico. Embora devêssemos seguir a regra geral da moralidade, isto é, "agir de acordo com a estrita razão" – e, desse modo, levar a parte racional da alma a controlar a parte irracional –, nossos apetites e desejos são estimulados e incitados pela enorme sucessão de coisas extrínsecas ao eu, como os objetos e as pessoas[35]. Nossas paixões, nossa capacidade de amor e ódio, atração e repulsão, criação e destruição, podem rapidamente tomar conta de nós e levar-nos em uma multiplicidade de direções. Em si mesmas, não podem oferecer nenhum princípio fundamental ou medida de seleção. O que uma pessoa deveria desejar, e quanto? Em quais circunstâncias? Como os seres humanos devem relacionar-se com as coisas materiais, com a riqueza, a honra e as outras pessoas? Não temos nenhuma tendência automática a agir da maneira correta nesses quesitos; "nenhuma das virtudes morais manifesta-se em nós por natureza; pois nada que existe por natureza pode formar um hábito contrário a sua natureza". A ética da virtude exige que desenvolvamos hábitos; hábitos de bem pensar, de saber escolher e de comportar-se adequadamente. O homem deve ser treinado ou formado para a sociedade, e para tanto é necessário inculcar-lhe a virtude.

Uma vez que nossas paixões nos tornam capazes de uma multiplicidade de ações, da abstinência ao excesso, precisamos descobrir o significado preciso do excesso ou da falta e, desse modo, chegar ao conhecimento do meio-termo apropriado. Aristóteles aplica um sistema dualista de "extremos" por meio do qual podemos trabalhar nossos sentimentos empíricos. Compreendemos que às vezes sentimos emoções de medo, confiança, luxúria, raiva, compaixão, prazer e dor, e que as sentimos de modo radical, ou seja, excessivamente ou com pouca intensidade, e em cada caso entendemos que nossos sentimentos eram inadequados. Vivenciar essas emoções na medida certa e nos momentos certos, e direcioná-las corretamente, isto é, vivenciá-las como deveríamos, significa vivenciar o meio-termo. Chegar a esse estado de equilíbrio equivale a vivenciar a virtude. De novo, o vício é o extremo, o excesso

35. O amor e o ódio, ou as "paixões" irascíveis ou concupiscentes fornecem as duas maneiras básicas pelas quais a parte da alma que desperta o apetite reage a esses fatores externos. A paixão concupiscente leva alguém a desejar coisas e pessoas, enquanto a paixão irascível leva alguém a evitá-las ou destruí-las.

ou a imperfeição, e a virtude é o meio-termo. É através do poder racional da alma que as paixões são controladas e as ações dirigidas. A virtude da coragem, por exemplo, é o meio-termo entre dois extremos, a saber, a covardia (carência ou falta) e a imprudência ou a confiança em demasia (descomedimento ou excesso). A virtude é, pois, um estado de ser, mas isso não significa que exista alguma fórmula simples à qual devamos sempre aderir; o que ocorre, na verdade, é que somos instados a seguir o "caminho certo" da ação: "(...) Em cada segmento da conduta o que deve ser louvado é o temperamento médio, mas às vezes pendemos para o lado do excesso e outras vezes para o da carência, uma vez que esta é a maneira mais fácil de encontrar o meio-termo e o caminho certo" (*ibid.*, 1109).

Nossas ações devem ser o resultado de uma "escolha deliberada, em harmonia com o meio-termo relativo, determinada pela razão e consoante com o que seria determinado pelo homem dotado de sabedoria prática" (*ibid.*, 1107a). A virtude significa agir de acordo com o meio-termo, "uma disposição estável de caráter", mas o meio-termo não é a mesma coisa para todas as pessoas, nem existe um meio-termo para todos os atos. Cada meio-termo é relativo a cada pessoa, uma vez que as circunstâncias são igualmente variáveis. No caso da alimentação, o meio-termo será sem dúvida diferente para um atleta adulto e uma garotinha. Mas para cada pessoa existe, não obstante, um meio-termo relativo ou proporcional, a temperança, indicando claramente quais extremos – a saber, a gula (excesso) e a inanição (falta) – constituiriam vícios para cada um. Além disso, para alguns atos não existe meio-termo algum; sua própria natureza já implica má qualidade, como o rancor, a inveja, o adultério, o roubo e o assassinato. São coisas más em si mesmas, e não por seus excessos ou carências. Quem as pratica está sempre incorrendo em erro.

De que modo, pergunta o liberal moderno (Popper, 1945, vol. II; Kelsen, 1957, cap. 4), podemos fugir à convenção social na identificação do que é excesso e carência? Não será todo esse sistema simplesmente uma forma de adaptação às convenções da sociedade?[36] Essa é uma crítica que, em grande parte, não há como evitar; a preocupação de Aristóteles, contudo, é com a ética de uma situação ou, em outras palavras, com o que veio a ser chamado de "racionalidade prática". Toda escolha existe dentro de alguma forma de ordem social estabelecida: enquanto o contexto para Aristóteles é o de uma ordem muito mais fechada do que aquela desejada pelo liberal, ele atribui um peso muito maior sobre a escolha autêntica. Nesse sentido, os textos de Aristóteles são atemporais; sempre existimos em um contexto social, e o peso da escolha autêntica incide inevitavelmente sobre nós.

36. Para Hans Kelsen (1957: 125), se por um lado a ética de Aristóteles "pretende instituir, de modo autoritário, o valor moral, por outro ela deixa a solução de seu próprio problema a uma outra autoridade: a determinação do que configura um mal ou uma falta grave e, conseqüentemente, também a determinação do que constitui um bem ou uma virtude. Ao pressupor (...) a ordem social estabelecida, a ética de Aristóteles justifica (...) a ordem social estabelecida".

A SITUAÇÃO DA ESCOLHA HUMANA

Temos dois tipos de raciocínio: o teórico (que nos dá o conhecimento de princípios estabelecidos, ou do saber filosófico) e o prático (que fornece um guia racional para os atos de uma pessoa nas circunstâncias particulares em que elas se encontram), ou a sabedoria prática. O elemento racional permite que o homem desenvolva a capacidade moral, uma vez que, embora ele tenha uma capacidade natural para o comportamento correto, não age acertadamente por natureza: é necessário que a razão possa enfrentar com êxito o número infinito de possibilidades que a vida nos apresenta. Não estamos predestinados, por alguma força inevitável, à prática do bem; para o homem, o bem é uma potencialidade, mas não irá concretizar-se sem o concurso de nossa própria deliberação e de nossa conseqüente opção de praticá-lo. E, ao contrário de Platão e Sócrates, que pareciam inferir que o homem sempre irá praticar o bem uma vez que o tenha conhecido, Aristóteles não acreditava que esse conhecimento tornava redundante a escolha deliberada. Só podemos praticar uma ação moral devido à capacidade de escolher – se fizéssemos as coisas simplesmente por instinto, por exemplo, não as chamaríamos de ações morais, pois a escolha moral associa o desejo de fazer a coisa certa ao raciocínio sobre tal fim. A escolha moral precisa da razão.

A moral humana, portanto, é essencialmente ligada à estrutura das escolhas morais, e isso, por sua vez, implica responsabilidade humana. Se vamos louvar ou acusar, louvar a virtude e culpar o vício, uma pessoa deve ser verdadeiramente capaz de fazer uma escolha. Aristóteles afirmava que um ato pelo qual uma pessoa podia ser considerada responsável deve ser um ato voluntário. Uma escolha genuína compreende uma ação voluntária. Mas nem todas as nossas ações são voluntárias. Um ato involuntário é aquele pelo qual uma pessoa não é responsável porque (1) é praticado por ignorância de circunstâncias particulares, (2) resulta de uma compulsão externa ou (3) é praticado de modo que evite um mal maior. Os atos voluntários são aqueles pelos quais uma pessoa é responsável porque nenhuma dessas três circunstâncias atenuantes predomina.

Em geral, a virtude é o cumprimento da função característica do homem e a vivência que ele tem de seus sentimentos e emoções como o meio-termo entre extremos. Cada virtude é produto do controle racional das paixões. Levar uma vida virtuosa não significa negar ou rejeitar nenhuma das aptidões naturais do homem, mas sim mantê-las sob controle. O homem moral vive a vida em sua plenitude, empregando todas as suas aptidões físicas e mentais. Se, por um lado, o homem pode adotar virtudes intelectuais como a sabedoria e a compreensão filosófica através do ensino e da aprendizagem, por outro, a virtude moral surge como resultado do hábito, de onde a palavra ética (*ethike*), "formada por uma ligeira variação da palavra *éthos* (hábito)". Todas as virtudes morais têm de ser aprendidas e praticadas, e só se tornam virtudes por meio da ação, pois "tornamo-nos justos através da prática da

justiça, moderados através da prática da moderação, corajosos através da demonstração de coragem". As virtudes "cardeais" morais são a coragem, a moderação, a justiça e a sabedoria.

A JUSTIÇA COMO FUNÇÃO DO TAMANHO RELATIVO DO CORPO SOCIAL

> Considera-se que o termo "injusto" se aplica ao homem que infringe a lei e àquele que toma mais do que lhe é devido, o homem ímprobo. Fica claro, então, que o respeitador da lei e o honesto serão ambos justos. "Justo", portanto, refere-se àquilo que respeita a lei, que é honesto ou eqüitativo, e "injusto" é o ilegal, o desonesto e o parcial (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1129a).

A justiça é "a principal dentre as virtudes", mas existem dois sentidos de justiça: um geral e um particular.

No *sentido geral de justiça*, o homem age de maneira injusta quando infringe a lei. Será esse um sentido de infração puramente jurídico-positivo: um homem é sempre injusto quando infringe qualquer lei validamente promulgada? Não. Algumas leis são más, e não seria injusto infringi-las. Embora Aristóteles acredite que a lei seja um instrumento por meio do qual a cidade-Estado é direcionada para o bem comum, ou através do qual uma classe dominante de alto nível dirige a cidade, pode haver leis que, apesar de sancionadas, não cumprem sua finalidade.

Existem dois tipos particulares de justiça: a *distributiva* e a *corretiva*. A justiça corretiva é aquela "que provê um princípio corretivo nas transações privadas" (*ibid.*, 1131a), sendo exercida pelo juiz para pôr fim a disputas e punir infratores (Aristóteles assinala que se trata de uma questão complexa. Faz, por exemplo, uma distinção entre justiça *formal* e justiça *substantiva*. Uma multa de determinado valor por uma infração menor pode dar a impressão de ser justa quando igualmente aplicada a todos os infratores. Mas o homem rico será muito menos afetado por ela do que o homem pobre. A justiça distributiva é o direito a uma parte dos bens sociais relativa à função que uma pessoa exerce no corpo social. Os analistas costumam referir-se a tal direito como *princípio de igualdade proporcional* (e, no caso contrário, *princípio de desigualdade proporcional*): não é uma questão de preferir, subjetivamente, um homem a outro e, desse modo, recompensá-lo mais, mas sim de justificar as preferências por meio de critérios identificáveis e consensualmente aceitos. As diferentes funções do homem no corpo social justificam uma desigualdade natural – correspondem à natureza das coisas. A estrutura da justiça distributiva é tal que os que se sobressaem em suas funções – um excelente professor, por exemplo – deve receber maiores recompensas por seu trabalho. Os menos merecedores devem ser menos recompensados. Boa parte disso tudo parece não apresentar problemas; permite, talvez, uma tese da igualdade na medida em que todos são humanos, mas uma tese da desigualdade na medida em que cada um tem aptidões diferentes e realiza diferentes funções. São essas aptidões e funções que determinam a distribuição diferencial. Se as pessoas são iguais, devem ter partes iguais; se são desiguais, devem ter partes desiguais. Violar esse princípio equivale a ser injusto, mas quais serão os padrões e critérios que vão determinar a igualdade e a diferença?

Tirar conclusões e chegar a critérios de julgamento consensuais são, contudo, questões problemáticas. Ainda que o padrão fosse a "contribuição para os (verdadeiros) interesses da sociedade", tanto a natureza dos verdadeiros interesses da sociedade quanto a natureza da contribuição são profundamente contestáveis. Aristóteles sugere que, na prática, podemos resolver essa dificuldade através de processos de troca e de regras sociais dentro das quais possamos calcular divisões justas e eqüitativas (no Livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles discute a economia da transação, levando em conta a mecânica do dinheiro e da demanda). O sistema jurídico pode criar a estrutura normativa de tal processo.

Uma vez que confiemos em um processo de mercado aberto que funcione de maneira eqüitativa, o que trazem as pessoas para o processo de troca e negociação? Que recompensas os indivíduos merecem pelos papéis sociais que desempenham? Aristóteles sugere que o critério do *mérito* está relacionado à concepção geral do objetivo da sociedade ou da cidade-Estado grega. O filósofo critica a afirmação de Platão de que todo Estado é criado para suprir as necessidades da vida humana, afirmando, pelo contrário, que o objetivo fundamental é o de "alcançar o bem" (*Política*, Livro IV, cap. IV, ss. 11 ss.). Segue-se daí que Aristóteles pode classificar a importância das profissões e dos tipos de trabalhadores de acordo com o modo como contribuem para tal objetivo. O procedimento que subjaz à justiça social é, portanto, a correta descrição das diferenças e diferenciações qualitativas em termos do valor das diferentes partes do Estado, e ainda que este seja uma comunhão (ou confraternidade) unida por um objetivo comum e por uma ação comum, é formado por membros dessemelhantes, funções e políticas distintas e diferentes modalidades de vida e padrões de excelência.

Contudo, só é possível criar um sentido coerente de mérito social se o Estado não se tornar demasiado grande. Além do mais, a autonomia ou a independência só podem ser alcançadas no contexto de uma sociedade relativamente estável. Ser livre é "governar e ser governado alternadamente (...), não estar sob as ordens de quem quer que seja, em hipótese alguma, a não ser em um sistema de rotatividade do poder, e isso somente na medida em que uma pessoa também esteja, por sua vez, sob seu próprio comando" (*Política*, 1317b). O homem livre participa da criação política das leis, é parte da livre formação do Estado. O direito é um instrumento da ordem, mas de uma ordem livre e natural: "que todos mandem em cada um, e cada um, por sua vez, mande em todos". Assim, poderíamos dizer, o direito é em última análise uma subseção da política, e a filosofia jurídica uma subseção da filosofia política. Na *Política*, Aristóteles deixa claro que, uma vez que o direito é a ordem da comunidade política, a justiça é uma função do Estado e a tarefa do direito consiste em determinar qual é a natureza da justiça. Portanto, a justiça deve ser uma parte da função da política. A questão da justiça interpõe-se entre o legal e o

político; não apenas traduz preocupações de duas esferas distintas, como também associa fenômenos afins e interativos. Qual é o fim da associação política? Criar condições de paz e permitir o desenvolvimento humano. Se houvesse outros meios de alcançar tal objetivo, a justiça – no sentido do direito e da estrutura de distribuição assim possibilitada – seria redundante[37].

O MODO EMPÍRICO DE IDENTIFICAR O DIREITO NATURAL

Aristóteles parecia acreditar que havia leis naturais que regiam a vida moral e política. As leis (positivas) do Estado são, obviamente, uma questão de convenção – são criadas e promulgadas por diferentes instituições civis –, além de serem mutáveis, enquanto as leis que existem por natureza não derivam da ação humana, mas são inalteráveis e têm a mesma força e validade do princípio ao fim. Ele expressou essa idéia por meio de uma analogia com o fogo, que invariavelmente queima do mesmo jeito na Grécia e na Pérsia, enquanto as idéias humanas de justiça e outras convenções variam conforme as épocas e os lugares. Por trás do fogo, que queima de modo uniforme por toda parte, podem-se encontrar enunciados semelhantes às leis que têm a ver com o processo de combustão, e que chegamos a compreender através do processo de raciocinar sobre aquilo que observamos. Aristóteles parece argumentar que uma lei moral deve ser tão racional em sua natureza quanto uma lei científica, e que ambas podem ser reveladas através de um processo de razão e observação; essa idéia básica, interpretada de maneiras diversas, viria a ter um profundo efeito sobre todas as idéias que surgiram posteriormente. Mesmo para os que seguiam essa primitiva abordagem empírica, porém, havia um ponto a considerar: se, por um lado, não era de modo algum problemático concordar que o mundo devia ser um lugar de análise racional, por outro estar de acordo sobre o significado do mundo era uma questão totalmente diversa.

37. Muitos estudiosos (por exemplo Popper, 1945) encontraram, em Platão e Aristóteles, as raízes da idéia (de grande expressão na teoria marxista) de que uma ordem social verdadeira estaria "para além da justiça", onde não haveria necessidade do direito na sociabilidade espontânea ou na interação humana devidamente organizada. "A amizade parece ser o vínculo que mantém o Estado unido, e os legisladores parecem atribuir-lhe um valor maior do que aquele que atribuem à justiça, uma vez que a promoção da harmonia, que parece análoga à felicidade, constitui seu objetivo principal; por outro lado a dissensão, que equivale à hostilidade, é o que eles mais desejam banir. E, se os homens forem amigos, a justiça não se fará necessária entre eles; considerando-se que não basta ser justo, um sentimento de amizade é também necessário" (*Ética a Nicômaco*, 1155a).

Capítulo 3

As leis da natureza, o poder do homem e de Deus:

a síntese da cristandade medieval

Vi, então, um novo céu e uma nova terra, pois o primeiro céu e a primeira terra haviam desaparecido, e o mar não mais existia. E eu, João, vi descer do céu, de junto de Deus, a cidade santa, a nova Jerusalém, como uma noiva adornada para o esposo. E, vinda do céu, ouvi uma voz poderosa que dizia: "Eis aqui o tabernáculo de Deus com os homens. Habitará com eles e serão o seu povo, e Deus mesmo estará com eles. E Deus enxugará toda lágrima de seus olhos, e não haverá morte, nem sofrimento, nem grito, nem dor, pois as coisas passadas chegaram ao fim." E o que está assentado no trono disse: "Eis que eu renovo todas as coisas." E também disse: "Escreve, pois estas palavras são fiéis e verdadeiras." E novamente me disse: "Está pronto. Eu sou o Alfa e o Ômega, o começo e o fim. Serei pródigo e generoso com o que quer beber da fonte da água da vida. Aquele que triunfar herdará todas as coisas; e eu serei seu Deus, e ele será meu filho" [*Apocalipse* 21: 1-7, AV (escrito por um ancião à beira da morte na Ilha de Patmos)].

Enquanto o padre for considerado como um tipo superior de homem – esse negador, caluniador e envenenador da vida por profissão –, não haverá resposta para a pergunta: o que é a verdade? A verdade já está de ponta-cabeça quando se aceita o defensor intencional do nada e da negação como representante da "verdade" (Friedrich Nietzsche, *The AntiChrist* [O Anticristo] *in The Portable Nietzsche*: 575).

O homem é produto de causas que não tinham previsão alguma dos fins que estavam atingindo, a saber: que sua origem, seus temores e suas esperanças, seus amores e suas crenças, nada mais são que o resultado de uma fortuita disposição dos átomos; que nenhuma chama, nenhum heroísmo, nenhuma intensidade de idéias e sentimentos serão capazes de preservar a vida de um indivíduo para além do túmulo; que todo o afã de todas as épocas, toda devoção e inspiração, todo resplendor do gênio humano, estão fadados à extinção junto com a morte colossal do sistema solar, e que todo o templo das realizações humanas será inevitavelmente soterrado junto com os escombros de um universo em ruínas – todas essas coisas, a despeito de não serem absolutamente inquestionáveis, são todavia quase tão certas que nenhum filósofo que as rejeite pode ter pretensões à permanência. Doravante, a morada da alma só poderá ser edificada em segurança no contexto dessas verdades, nas sólidas bases do irredutível desespero (Bertrand Russell, *Mysticism and Logic*, 1929: 47).

A ASCENSÃO DO UNIVERSALISMO COM O DECLÍNIO DAS CIDADES-ESTADO GREGAS

Sócrates, Platão e Aristóteles habitavam um espaço social específico. Seu mundo não iria perdurar. Por algum tempo, seu fim parecia assegurado. Mas as conquistas de Alexandre, o Grande – que criou um império grego –, destruíram as fronteiras que conferiam intensidade à racionalidade grega[1]. A cidade-Estado propiciou apenas um meio ambiente temporário para o nascimento da filosofia ocidental; seu desaparecimento criou tanto um vazio quanto uma oportunidade. Para colocar as coisas em termos simples, enquanto a filosofia grega clássica era, inevitavelmente, a filosofia de um cenário, de uma fronteira e de sua transgressão – da caverna e de sua transcendência –, a filosofia subseqüente teve de lidar com a universalidade. Depois de Alexandre, falar sobre o homem como um animal político não podia mais significar "em suas relações com a pólis", mas sim como um indivíduo. Em contrapartida, falar sobre um indivíduo implicava afirmar que o homem era também universal; o que quer que dissesse respeito ao indivíduo devia estar associado à humanidade enquanto espécie geral. Se, por um lado, as aptidões e os deveres do homem grego remetiam à sua condição de membro da ordem social, da pólis, por outro estava preparado o terreno para o surgimento de uma nova entidade social – a do homem enquanto homem.

A FILOSOFIA DO ESTOICISMO

A filosofia associada à última escola grega, a dos estóicos, forneceu algum material para a construção de uma ponte. Como outros movimentos pós-aristotélicos, voltava-se para a produção da auto-suficiência e do bem-estar individual. Os estóicos procuravam a felicidade através da sabedoria para determinar o que podia ser controlado pelo poder humano e aceitar com dignidade o que estava além do controle do homem. A morte de Sócrates e, em particular, o modo como ele enfrentou a morte com coragem e serenidade forneceram um fecundo exemplo de um homem no pleno controle de suas emoções diante da certeza de sua eliminação. O romano Epicteto (60-117 d.C.) afirmava que, se não se pode escapar à morte, pode-se escapar ao pavor que ela inspira. Em vez de exigir que os eventos do mundo ocorram segundo nossos desígnios, e sofrer uma frustração paralisante sempre que os fatos não correspondam aos nossos desejos, convém aceitá-los do modo como se apresentam e desejar, positivamente, que operem conforme o exigem seus processos naturais; a paz de espírito e uma serena felicidade podem ser obtidas mediante a aceitação do mundo como ele é.

O estoicismo é uma abordagem da vida; implica o controle das emoções e a aceitação tanto das forças da vida quanto do destino em um cosmo que, quanto ao mais, é caótico e imprevisível. E não se trata, aqui, de uma aceitação irracional. Por sob a aparência caótica da vida, os estóicos argumentavam que o universo era um ordenamento sistemático no qual o homem e o cosmo se comportavam segundo princípios finalísticos específicos. A razão e a lei operavam em toda a natureza. Os estóicos reinterpretaram as idéias pagãs sobre a prevalência de muitos deuses que, por trás dos eventos e acontecimentos, atuavam no sentido de influenciá-los (a perda das colheitas, as intempéries, os malogros dos planos, etc.), colocando em seu lugar a idéia de uma substância racional de absoluta abrangência que impregnava todos os fenômenos universais. A palavra Deus era usada para conceitualizar uma forma unificada de razão que controla e ordena a estrutura da natureza, determinando assim o curso dos eventos no mundo.

A IDÉIA DA HUMANIDADE COMO PROTAGONISTA DO DRAMA CÓSMICO

A razão que existe em todas as entidades do cosmo encontra-se no homem: o homem traz a "centelha do divino em si". A alma humana é ao mesmo tempo corporal (centrada no coração e espalhada pelo corpo através do fluxo sanguíneo) e racional (resultando na singularidade do homem). Através de sua natureza racional, o ser humano participa da estrutura racional que subjaz às vastas forças do cosmo. Mediante o uso de sua razão, o homem compreende a verdadeira ordem das coisas e o seu lugar nessa ordem; é assim que ele se dá conta de que tudo obedece às leis da existência. O homem deve, portanto, associar seu comportamento à ordem do direito "natural". De que modo, porém, podemos conceber essa integridade? Como podemos representar a totalidade do cosmo, suas atividades e os fluxos de poder que o percorrem, bem como seu passado, presente e futuro (sua história)? Epicteto afirmava-o simplesmente: somos os atores de um vasto drama cósmico. Não podemos escolher nossos próprios papéis, mas devemos agir sob a direção do diretor/produtor do drama. Um enredo e vários papéis foram criados pelo escritor e pelo diretor; o produtor escolheu pessoas diferentes para o desempenho de diferentes papéis. O enredo desse drama é fornecido pela inteligência ou razão que impregna todas as entidades, e o cenário é o cosmo. Adquirimos sabedoria ao reco-

1. Tan, inclusive, associa a mudança a um evento específico: "O homem como animal político, uma fração da pólis ou da cidade-Estado autônoma, terminou com Aristóteles; com Alexandre, tem início o homem como indivíduo. O indivíduo precisa considerar tanto a regulamentação de sua própria vida quanto a de suas relações com os outros indivíduos que, com ele, compõem o 'mundo habitado'; para atender à primeira necessidade surgiram as filosofias da conduta, para atender à segunda surgiram novas idéias sobre a fraternidade humana. Estas se originaram no dia – um dos momentos cruciais da história – em que, durante um banquete em Opis, Alexandre pediu por uma união dos corações (*homonoia*) e um Estado conjunto de macedônios e persas" (W. W. Tan, *Hellenistic Civilisation* (1955: 79), citado em Sabine e Thorson, 1973: 141).

nhecermos o papel que nos cabe desempenhar e ao representarmos esse papel da melhor maneira possível. Enquanto alguns de nós têm pequenos papéis, a outros cabem os mais importantes, mas todos temos um papel a desempenhar. Não podemos controlar as coisas que não têm relação com nosso papel, nem podemos alterar os papéis alheios. Devemos desenvolver uma apatia positiva, ou um senso de distanciamento, em relação àquelas coisas que se acham além de nossa capacidade de interferir, concentrando-nos em nosso próprio desempenho e nas coisas que podemos fazer ou influenciar[2]. Até certo ponto, podemos ser otimistas: afinal, nós podemos controlar nossas atitudes e indagar sobre a natureza do cosmo, mas não podemos influenciar seus resultados.

A RESPOSTA DOS CÉTICOS À IDÉIA DO CONHECIMENTO COMO GUIA DAS ATIVIDADES HUMANAS

Os céticos (do grego *skeptikoi*, "inquiridor", "indagador") duvidavam de que as afirmações do conhecimento humano pudessem alguma vez oferecer a "verdade" sobre a totalidade do cosmo. Platão e Aristóteles não haviam descoberto a verdade sobre o mundo; tinham apenas oferecido diferentes concepções da verdade. Os céticos sugeriam que a maioria dos que se perguntavam sobre a verdade se tornava logo *dogmatista*, ou por proclamarem que haviam encontrado a verdade, e que portanto não havia necessidade de novas indagações, ou por anunciarem que a verdade não podia ser encontrada, o que significava que não fazia sentido envolver-se na indagação intelectual. Ambas as posturas negavam a necessidade de dar continuidade ao processo. Ao contrário, os céticos afirmavam que a tarefa não tinha fim. A verdade era o objetivo, mas ficava muito além do entendimento humano[3].

2. Um aspecto problemático desse modo de pensar diz respeito à liberdade e ao determinismo. Se a natureza é fixa em suas estruturas, e se há o desenrolar de um vasto drama, não serão fixas as partes? Por que preocupar-se? O resultado já não estará predeterminado? Por que dizer que uma pessoa é livre para decidir sobre a qualidade de seu desempenho se ela não é igualmente livre para escolher, ou ao menos desenvolver, o papel que lhe cabe? É inquestionável que a liberdade de escolher o tipo de desempenho que se tem não é radicalmente diversa da afirmação de liberdade para influenciar o resultado? A distinção que os estóicos faziam – que éramos livres para escolher nossas atitudes e a qualidade de nosso desempenho, enquanto não éramos livres para influenciar qualquer outra coisa – é insustentável.

3. Sem dúvida, os céticos levavam em conta resultados diferentes. Alguns afirmavam que era impossível haver um juízo conclusivo, e que devíamos nos abster de negar ou afirmar o que quer que fosse. Contudo, sempre há outra perspectiva. A resposta poderia ser a de que é preciso, simplesmente, ser muito cauteloso com o tipo de afirmações que se faz, bem como com o campo que cada afirmação abrange. Essa vertente do ceticismo estabelecia uma diferença entre (i) a análise da natureza, (ii) a esfera dos sentimentos humanos, (iii) as tradições dos costumes e leis e (iv) as artes. Em cada área existem certas coisas que devemos simplesmente aceitar.

A ABORDAGEM DO ESTADISTA ROMANO CÍCERO (DE ARPINO, 106-43 A.C.)

O orador e estadista romano Cícero harmonizaria a idéia estóica de uma lei natural universal a dirigir o curso da conduta humana com a atitude psicológica dos céticos. Cícero escreveu muitas obras filosóficas durante seus (não raros) períodos de abandono forçado da vida pública. Insone crônico, costumava escrever à noite, combinando as idéias dos estóicos com outras influências gregas. Acreditando que os gregos haviam lançado as estruturas fundamentais de todas as indagações filosóficas, o impacto duradouro de Cícero está na clareza de seu texto e nas adaptações que fez das idéias de outros filósofos. Em particular, acreditava que a filosofia e a retórica eram inseparáveis, e culpava Sócrates por tê-las separado. Para Cícero, a mais elevada realização humana estava no uso efetivo do conhecimento na orientação das atividades humanas. Enquanto a filosofia e as outras disciplinas especializadas oferecem conhecimento, a retórica torna-o eficiente. Uma sociedade livre é uma república constitucional onde a persuasão, e não a coerção, é o instrumento do poder político. Contudo, isso não é fácil de alcançar, e o Estado precisa de grandes homens que façam com que tal amálgama funcione. Para ser eficientes, os melhores homens precisam unir o conhecimento à eloqüência; uma educação liberal é um pré-requisito essencial. A eloqüência e a certeza dos propósitos iluminam a concepção ciceroniana estóica de um direito natural subjacente:

> A verdadeira lei é a razão superior em conformidade com a natureza, disseminada entre todos os homens; constante e imutável, deve chamá-los a seus deveres através de seus preceitos, e impedir que incorram em erro por meio de suas proibições; e não deve nunca controlar ou proibir os homens virtuosos em vão, enquanto suas regras e restrições fracassam entre os maus. Mutilar essa lei é ultrajante; emendá-la é ilícito, e revogá-la é impossível; não podemos nos desobrigar dela, quer por ordem do Senado, quer de uma assembléia popular; não precisamos que nos seja esclarecida ou interpretada por ninguém; tampouco será uma lei em Roma e uma lei diferente em Atenas, nem diferente amanhã do que é hoje; será sempre uma e a mesma lei, eterna e imutável, unindo todos os povos e todas as épocas; e Deus, seu criador, expositor e sancionador, será, por assim dizer, o único e universal regente e governante de todas as coisas; e aquele que desobedecê-la, tendo em vista que com seu ato terá voltado as costas para si próprio e para a natureza mesma do homem, sofrerá a mais pesada das penas, ainda que evite os outros castigos que a lei considera justos para a sua conduta (*De Republica*, 3.22.33, citado em Kelly, 1992: 58-9).

Todos os homens são iguais perante essa lei eterna; não perante os artefatos exteriores de nossas propriedades ou de nossa posição social, mas sim na posse da razão. "Nascemos para a justiça, e só os maus hábitos e as falsas crenças nos impedem de compreender a igualdade e a semelhança humanas subjacentes" (*De Legibus*, 1. 10. 28-29). Contra Aristóteles, não somos equipados pela natureza para diferentes tare-

fas e para o desempenho de diferentes funções; *é na ordem social – NÃO NA NATUREZA – que se encontra a origem da desigualdade*. A natureza exige que nos tratemos mutuamente com igual respeito, e que atribuamos uns aos outros a mesma dignidade tendo em vista o fato mesmo de nossa fraternidade humana original. O Estado, portanto, deve tornar-se uma comunidade ética – consciente das obrigações mútuas e do reconhecimento mútuo dos direitos – unida por um consenso comum quanto à lei e aos direitos, bem como ao desejo de participar tendo em vista o bem de todos (*De Republica*, 1.25).

Em *De Legibus*, Cícero apresenta o direito romano como uma realização quase perfeita da teoria estóica. A natureza é a fonte de preceitos aos quais qualquer indivíduo pode ter acesso através do uso de sua razão. Os mais sábios dentre os homens concordam:

> O direito é a razão mais alta, inculcada na natureza, que determina o que deve ser feito e proíbe o seu contrário. Essa razão, quando solidamente estabelecida e plenamente desenvolvida na mente humana, é o direito. Eles acreditam que o direito é entendimento cuja função natural é comandar a boa conduta e coibir o erro (...). A origem da justiça deve ser encontrada no direito, pois o direito é uma força natural; é a mente e a razão do homem inteligente, o critério pelo qual se avaliam a justiça e a injustiça (...). Para determinar o que é a justiça, podemos começar por aquela lei suprema que teve suas origens muito tempo antes que qualquer lei escrita existisse, ou que qualquer Estado se houvesse estabelecido (*De Legibus*, 1.6.18-19).

Existe um direito da natureza que independe do fato de o direito criado pelo homem (ou direito positivo) existir ou não. Portanto, ainda que não tivesse existido nenhuma lei escrita contra o estupro no reinado de Tarquínio (o último rei de Roma), o filho de Tarquínio ainda assim violou a "lei eterna" por ter violado Lucrécia:

> Pois a razão realmente existia, derivada da natureza do universo, exortando os homens à conduta virtuosa e afastando-os da prática de atos ilícitos, e esta razão não se tornou lei pela primeira vez ao ser escrita, mas no momento em que passou a existir; e passou a existir simultaneamente com a mente divina. Portanto, a lei primordial e verdadeira, destinada à ordem e à proibição, é a razão perfeita de Deus todo-poderoso (*De Legibus*, 1.15.42).

O resto do texto prossegue com o tema da comunidade estóica do mundo:

> A mais tola das idéias é a crença em que tudo o que se encontra nos costumes ou nas leis das nações é justo. Seria tal idéia verdadeira mesmo que essas leis tivessem sido promulgadas por tiranos? (...) [ou se uma lei propusesse] que um ditador pudesse condenar impunemente à morte qualquer cidadão que desejasse eliminar, mesmo sem julgamento? Pois a justiça é uma só; une toda a sociedade humana e tem por fundamento uma única lei, que é a razão legítima aplicada ao poder e à proibição (*De Legibus*, 1.15.42).

> Se os princípios de justiça se fundassem sobre as leis dos povos, os decretos dos príncipes ou as sentenças dos juízes, a justiça então sancionaria o roubo, o adultério e a falsificação dos testamentos, caso esses atos fossem aprovados pelos votos ou decretos do populacho (*De Legibus*, 1.16.43-4)

> Admite-se que as leis foram feitas para a segurança dos cidadãos, a preservação dos Estados e a tranqüilidade e felicidade da vida humana, e que os que primeiro promulgaram as leis desse tipo convenceram seus povos de que sua intenção era redigi-las e promulgá-las de tal modo que, uma vez aceitas e adotadas, tornassem suas vidas honradas e venturosas; e, quando essas regras foram redigidas e passaram a vigorar, sabem todos que os homens passaram a chamá-las de "leis". A partir desse ponto de vista, pode-se entender facilmente que os que formularam leis iníquas e injustas para as nações, violando desse modo seus acordos e promessas, puseram em vigor qualquer coisa, menos leis (*De Legibus*, 2.5.11).

A RELAÇÃO AMBÍGUA ENTRE O HOMEM E A NATUREZA E O DESEJO CRESCENTE DE DOMINAR A NATUREZA ATRAVÉS DA CAPACIDADE TECNOLÓGICA

Quem somos nós? Quais são os poderes e os limites de nosso mundo? Enquanto o racionalismo grego abria caminho para que a razão prática sobrepujasse a razão pura, a tentação de submeter o mundo a um vasto escrutínio tornava-se cada vez maior. Em que momento a natureza perdeu o poder de nos dominar e se tornou o *locus* de nossas tecnologias? Em que ponto nos tornamos (co-)autores do roteiro?

A questão existia como possibilidade latente nos processos históricos em andamento. Poderia o homem mudar sua relação com o cosmo ao incorporar o apoio dos resultados das investigações sobre a natureza do mundo? Seria possível que a dimensão relativa (para não mencionar as hierarquias) dos grupos sociais viesse a ser profundamente modificada pela intromissão de uma nova forma de conhecimento – a capacidade técnica?

Voltemo-nos para Plutarco (de Queronéia, *c.* 46-120, biógrafo e moralista grego que foi sacerdote em Delfos por cerca de vinte anos). Em *A vida de Marcelo*, Plutarco relata um experimento (impossível) que subverteu as relações de poder em uma determinada sociedade.

> Arquimedes, que era parente e amigo do rei Híeron, escreveu-lhe que, com o uso de qualquer força dada, seria possível mover qualquer peso dado; e, segundo nos dizem, estimulado pelo poder de sua demonstração, declarou que, se houvesse outra Terra para a qual ele pudesse deslocar-se, seria capaz de mover nossa própria Terra. Assombrado, Híeron implorou-lhe que concretizasse sua proposta e lhe mostrasse de que modo um grande peso poderia ser movido por uma força menor. Arquimedes então dirigiu-se a um navio mercante de três mastros da esquadra real que, com enorme esforço, muitos homens haviam arrastado para a praia e, depois de pôr a bordo muitos passageiros e a carga habitual, sentou-se longe do navio e sem nenhum esforço, mas manipulando

> tranqüilamente um sistema de roldanas, trouxe-o até ele de maneira suave e uniforme, como se deslizasse pelas águas. Impressionado e compreendendo o poder do engenho de Arquimedes, o rei convenceu-o a preparar-lhe máquinas ofensivas e defensivas para serem usadas em todo tipo de guerra (Plutarco, *Marcellus'Life* [A vida de Marcelo], xiv, 7-9, tradução inglesa de Bernadotte Perrin, citado por Latour, 1993: 109).

Através da invenção da roldana, Arquimedes muda a percepção e a realidade do que pode ser feito com os objetos físicos da natureza; também altera as relações políticas ao oferecer ao rei um mecanismo capaz de tornar um homem fisicamente mais forte do que uma multidão. Naquela época, o domínio dos reis era instável – às vezes, eles dependiam do mito da origem divina, outras vezes reinavam como porta-vozes das élites – e carente de meios que lhes assegurassem um poder mais sólido. O desenvolvimento técnico de Arquimedes muda a composição das relações políticas, que agora também podem ser vistas como uma questão de capacidade técnica. Sem a geometria e a estatística, Híeron tinha de lidar com forças sociais que, por sua própria natureza, sobrepujavam-no infinitamente, o que o deixava sempre inseguro, sempre diante da necessidade de fazer concessões. Agora, porém, parecia possível acrescentar a alavanca (do poder) da tecnologia aos jogos de manobra política, e o rei torna-se assim mais forte do que a multidão. A tecnologia permitiu a construção de novos mecanismos de guerra e de defesa – Plutarco conta que, com o auxílio dessa tecnologia, Híeron tornou seu Estado seguro contra ataques externos e, desse modo, aumentou suas dimensões e riquezas. As conseqüências dessa mudança na relação entre o intelecto humano e a natureza viriam a mostrar-se dramáticas – temos aí o precursor do desenvolvimento da modernidade[4]. Como relata Plutarco (mais de dois séculos depois de Aristóteles), Híeron tinha boas razões para deslumbrar-se com o poder da tecnologia[5].

Contudo, Plutarco não defende que se tome o caminho de um poder tecnológico cada vez maior. Ainda que ele relate como Arquimedes pôde transformar com sucesso a força física em um fator proporcional à força política – tornando-se, portanto, também seu servo –, graças à relação proporcional entre grande e pequeno, entre o modelo reduzido e a aplicação em dimensões reais, ele teme que tal poder possa destruir as qualidades humanas:

4. Em *Natural Right and History*, Leo Strauss (1953: 23) observa que Aristóteles "não poderia ter concebido um Estado mundial. Mas por quê? O Estado mundial pressupõe um desenvolvimento tecnológico com o qual Aristóteles jamais poderia sonhar. Esse desenvolvimento tecnológico, por sua vez, exigia que a ciência fosse vista como atividade essencialmente a serviço da 'conquista da natureza', e que a tecnologia se emancipasse de qualquer supervisão moral e política. Aristóteles não concebeu um Estado mundial porque estava absolutamente convencido de que a ciência é essencialmente teórica e que a libertação da tecnologia do controle moral e político levaria a conseqüências desastrosas".

5. A mecânica também se baseia em um ponto focal, e a descoberta do ponto arquimediano tem sido um componente fundamental. Traduzido para a política, é o local em que a verdadeira *justiça* se tornaria visível. A busca é, ao mesmo tempo, um engajamento necessário e uma conclusão impossível de ser bem-sucedida.

Biblioteca Valle Ferreira

> E ainda assim, Arquimedes [depois de equipar Siracusa com máquinas de guerra] tinha um espírito tão elevado, uma alma tão profunda e tamanha capacidade científica que, apesar de suas invenções terem lhe granjeado nome e fama por sua sagacidade sobre-humana, ele não consentia em deixar para trás nenhum tratado sobre esse assunto. Na verdade, por considerar a obra de um engenheiro e toda arte que atende às necessidades da vida como coisas ignóbeis e vulgares, ele só dedicava seus mais nobres esforços aos estudos cujo fascínio e sutileza não são afetados por questões de necessidade. (Plutarco, *Marcellus'Life*, xvii, 4-5, citado por Latour, 1993: 110).

Reduzir o caminho da reflexão intelectual à busca do conhecimento que permitia a aplicação tecnológica equivale a resvalar para o *status* daqueles que se ocupam das profissões comerciais inferiores ou se engajam na política vulgar. Ao voltar as costas para essa tentação e permanecer fiel à busca do conhecimento puro, Arquimedes escapa para o mundo platônico de fora da caverna, deixando abaixo os afazeres caóticos e impuros dos mortais. Contudo, e se ninguém se engajasse nesse movimento para fora da caverna? E se nossa inteligência permanecesse dentro da caverna, e os homens vissem o mundo como uma mera coleção de entidades, a elas aderindo um tanto fortuita ou sistematicamente? E se os homens só olhassem para a natureza como um lugar para se pôr em prática suas aptidões intelectuais e descobrir os meios para se construírem novas tecnologias de controle natural e social? A natureza não perderia sua "alteridade", e os homens não se assemelhariam a Deus?

A RESPOSTA DE SANTO AGOSTINHO E O DESENVOLVIMENTO DE UM DIREITO NATURAL TEOLÓGICO[6]

> Há alguns indivíduos que, tendo abandonado a virtude e desconhecendo a natureza de Deus e a majestade de Sua natureza eterna e imutável, imaginam estar enga-

6. Santo Agostinho (354-430) é amplamente aceito como uma das principais figuras intelectuais da transição do Classicismo para a Idade Média. Nasceu na província africana da Numídia, filho de pai pagão e mãe fervorosamente cristã. Aos dezesseis anos, Santo Agostinho começou a estudar retórica em Cartago, cidade famosa por sua licenciosidade. Rejeitou a fé e a moral cristãs, tomando por amante uma mulher com quem viveu por dez anos, e com a qual teve um filho, até mudar para a Itália, onde tomou outra mulher por amante. Seu interesse pela filosofia foi despertado pela leitura de *Hortensius*, de Cícero, com sua exortação à busca da sabedoria. Seus interesses permanentes consistiram em compreender de que modo o mal se torna possível e qual é o papel do mal e do amor na experiência humana. Com esse objetivo em mente, voltou-se para a filosofia dos maniqueus, que pregavam uma ideologia dualista segundo a qual existem dois princípios básicos no universo: (i) o princípio da luz ou do bem, e (ii) o princípio das trevas ou do mal. Estes coexistem, são igualmente eternos e vivem em conflito. O conflito se reflete na luta entre o corpo e a alma humanos, abrangendo a representação da alma como luz em busca do bem, e a do corpo como trevas que se inclinam facilmente para o mal. Esse pluralismo resolvia alguns problemas, mas colocava outros: por que existem dois princípios conflitantes na natureza? Como podemos confiar na natureza, ou esperar que nela encontremos a verdade, se ela está em permanente conflito entre forças antagônicas? Por fim, Santo Agostinho recorreu a uma concepção neoplatônica na qual a busca do conhecimento implicava o conhecimento dos fins últimos; em

jados em um grande empreendimento quando se dedicam, com intensa e ávida curiosidade, a explorar essa massa universal de matéria que chamamos de mundo. Tal orgulho é neles engendrado desse modo, isto é, que eles se imaginam habitantes do próprio céu que tão freqüentemente discutem (Santo Agostinho, *The Catholic and Manichaen Ways of Life* [Os estilos de vida católico e maniqueu], 1966: 32-33).

Depois de uma longa luta pessoal e intelectual, Santo Agostinho passou a acreditar que o caminho do verdadeiro conhecimento – a verdadeira filosofia – e do amor à sabedoria provém do dom da moderação que nos protege dos extremos da curiosidade. O caminho do conhecimento (puro) não consiste em explorar o cosmo como se fôssemos nos tornar seus soberanos, mas sim em indagarmo-nos a nós próprios com humildade, como seres limitados e dependentes, e assim ascender ao conhecimento daquilo que é mais puro e verdadeiro, isto é, Deus.

Santo Agostinho cristianizou a estrutura platônica ao explorar a tese dualista dos maniqueus – o mundo é composto pelas duas forças do bem e do mal, da luz e das trevas em permanente conflito – e a acusação cética dos acadêmicos – não há como o homem possa chegar a conhecer a verdade absoluta. Santo Agostinho encontrou na fé a solução para o ceticismo. Se as entidades fundamentais não podem ser descobertas pela capacidade de investigação do homem, elas devem ser aceitas com base na fé, e o papel da razão é construir estruturas baseadas na confluência da fé (e das coisas que nos são apresentadas através da revelação) e da razão[7]. Fundamentalmente, Deus cria o cosmo e é o último obstáculo a qualquer tentativa de buscar comprovações lógicas da existência[8]; portanto, a verdadeira sabedoria é a sabedoria cristã. A

seu caso, isso significava chegar ao conhecimento da existência de Deus e à busca da vontade divina. Assim, Santo Agostinho pôde tornar o platonismo e o cristianismo praticamente coextensivos. Depois de convertido em um verdadeiro crente em 386 a.C., ele abandonou a profissão de professor de retórica e, em 396, foi nomeado bispo de Hipona, um porto marítimo perto da cidade em que havia nascido. Durante sua vida, testemunhou anos de revoltas e desastres militares associados ao declínio do Império Romano, além da transição do paganismo romano para o cristianismo.

7. Por exemplo, a razão provava o princípio da não-contradição. Sabemos que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo. Podemos usar os instrumentos da razão para policiar e monitorar as afirmações, revelando contradições e inconsistências. Desse modo, a alma humana não se vê perdida em incertezas; se pudermos encontrar certos pontos de partida ou entidades fundamentais, podemos criar estruturas racionalmente sólidas. Contudo, precisamos da fé para encontrar o ponto de partida. "Acredita na ordem para que possas compreender; a menos que acredites, não compreenderás."

8. De que modo isso funciona? Examinemos a questão do conhecimento das verdades matemáticas. Santo Agostinho estabelece uma diferença entre as coisas que podemos tocar e as que independem de nossos sentidos, como o conhecimento dos números e de suas relações. Esse conhecimento não pode provir de nossos sentidos, assim como não pode depender do estado de nossa mente, pois se assim fosse sua estabilidade seria apenas proporcional à estabilidade de nossa mente. Mas entendemos que "7 mais 3 equivalem a 10 não somente agora, mas para sempre; não houve época em que 7 mais 3 não equivalessem a 10, e não haverá nenhuma época em que tal equivalência deixe de existir" (*On Free Will*, 2, 12 ss.) Tampouco é possível criticar 3 e 7 por equivalerem a 10; podemos apenas "rejubilar-nos com tal fato, imbuídos do sentimento de descobridores".

razão deve alinhar-se à revelação e, valendo-se de um instrumental lógico, criar argumentos baseados na segurança das entidades a nós reveladas. Filosofia é teologia.

Uma filosofia que descuidasse da teologia não só nos condenaria a conceber estruturas baseadas em inverdades; uma atitude filosófica que negligenciasse a relação entre o homem e Deus, ou ignorasse as forças paralelas do bem e do mal, seria um convite à perigosa ilusão de que o homem estaria destinado a usar o poder da razão apenas para o bem. Agostinho interpretava a idéia do pecado original como a aceitação cristã da coexistência do bem e do mal no homem e, mais ainda, como uma indicação da falsidade da crença de que o homem só estaria destinado ao bem, e que a busca do conhecimento secular (e, a esse respeito, a criação de tecnologia) seria um método de alcançar a salvação (terrena ou secular) do ser humano.

AS NARRATIVAS DE VIAGEM E O ASCETISMO PLATÔNICO NA ORDEM NATURAL DE SANTO AGOSTINHO

O relato de Santo Agostinho de sua conversão à fé em Deus, apesar de impregnado de linguagem bíblica, é uma narrativa de aflição, intensa aspiração e, por fim, da descoberta de um lugar onde a alma atormentada pode encontrar a paz. As *Confissões* começam pelo regozijo por encontrar um lugar de repouso; as partes principais consistem em relatos das provações e terrores envolvidos em tal conquista, e as *Confissões* vão terminar com uma prece em agradecimento ao repouso, à paz e à realização. Com Santo Agostinho, a viagem do eu é um reflexo da jornada de toda a humanidade. Enquanto no passado, confessa o santo, "eu pensava que viveria miseravelmente a menos que estivesse envolto em braços femininos" (*Confissões*, Livro VI, XI, 20), e ainda que se tenha mantido apartado de Deus devido ao "peso do hábito carnal", ele acabou por encontrar o verdadeiro caminho. Todos devem, portanto, encontrar o verdadeiro caminho da criação e do destino humanos[9]. O mundo é mais bem compreendido em termos de uma comunidade cristã, a culminação do desenvolvimento espiritual do homem – o que nos levará a testemunhar "a marcha de Deus no mundo". Como vamos interpretar os "conhecimentos" contidos em suas

O que leva à verdade de 3 mais 7 equivalerem a 10? Apenas a coisa mais excelente que possa existir. Santo Agostinho é platônico ao argumentar que as verdades matemáticas são descobertas, e não inventadas pela mente. Aceitando a teoria platônica das idéias ou essências, Santo Agostinho afirma: "As idéias são as formas primeiras, ou as razões permanentes e imutáveis das coisas reais, e elas próprias não são formadas; de tal modo que são, conseqüentemente, eternas e sempre as mesmas, e acham-se contidas na inteligência divina" (*Eighty-three Different Questions* [Oitenta e três questões diversas], 46, 1-2). Santo Agostinho converte a esfera platônica das idéias ou essências puras na mente de Deus; é por estarem na mente divina que as idéias são eternas e imutáveis. Não há nada fora de Deus que determine a natureza do cosmo; quando Deus criou o cosmo, não recorreu a nada além de si próprio.

9. Testemunhamos, com Santo Agostinho, a operação de um poderoso impulso: o desejo de criar uma filosofia da história. Uma vasta narrativa das origens do homem, de seu passado e presente, e uma indicação de seu futuro, dentro da qual banimos o mistério insuportável e chegamos ao conhecimento de nossa essência e nosso destino.

narrativas? Santo Agostinho travou uma luta com seu corpo e sua mente; vivenciou a instabilidade dos bordéis, da bebida e das prostitutas. Apesar de moderados, em seus textos reverberam os temas do anseio, do desejo e da satisfação, que encontram seu fim – seu *télos* – no amor de Deus; mas de que a mente se recorda? Deverá terminar nessa versão particular do sucesso platônico? Para o poeta grego Cavafy, escrevendo no Norte da África no século XX, o corpo também se lembra:

> Lembra-te, corpo, não só do quanto foste amado,
> não só dos leitos em que te deitaste,
> mas também daqueles desejos que reluziam
> nos olhos que te miravam,
> vibrando por ti em vozes... (Cavafy, *Body, Remember* [Lembra-te, corpo]... 1-5, 1984: 59)

Um poeta transmite conhecimento? O poeta era uma figura ambígua no sistema platônico. Ainda que na *República* Platão tenha banido os poetas do Estado ideal com base na alegação de que seus escritos eram irracionais e antitéticos perante o verdadeiro conhecimento, o poeta oferece vislumbres de verdades que, sob outros aspectos, são inexprimíveis. Para Rosen (1985: 43): "A poesia é o esforço visual de recuperar o abismo entre original e imagem." A ênfase platônica na visão (por exemplo, nas narrativas do sol e da caverna) em detrimento dos outros sentidos (como o tato, o sentido que fornece a base do legado mais empiricista de Aristóteles) leva-o a um relato poético de proposições ontológicas que, de outro modo, permanecem além de nossa experiência. Mas Platão não confiava no poeta, uma vez que este favorecia o ingresso, em nossa consciência, de outras experiências no mesmo nível da pureza da razão. Ouçamos Cavafy novamente, desta vez num poema intitulado *When they Come Alive* [Quando surgem vivas]:

> Tenta manter, poeta,
> aquelas tuas visões eróticas,
> ainda que poucas delas tenham permanência.
> Coloca-as, semi-ocultas, em teus versos.
> Tenta mantê-las, poeta,
> quando surgem vivas em tua mente
> à noite ou no resplendor do meio-dia (1984: 48).

O caminho de Santo Agostinho para a humanidade é uma narrativa de ascetismo e renúncia. Devemos renunciar ao mal e lutar para superar quaisquer elementos de nossas vidas que sejam um obstáculo a uma vida mais elevada e verdadeira[10]. O

10. O neoplatonismo de Santo Agostinho evidencia-se nas diversas discussões em que entrou sobre a Cidade de Deus. Por exemplo, na ressurreição voltaremos com corpos, mas "enquanto todos os defeitos serão eliminados desses corpos, sua natureza essencial será preservada" (*A cidade de Deus*, Livro XXII, cap. 17). Assim, um corpo feminino irá preservar seu sexo, mas não despertará nenhum desejo ou luxúria naquele que o contempla; será parte de uma nova beleza, uma beleza pura que transcende o corpo.

êxito da jornada depende de nossa capacidade de nos concentrar no que é essencial e de superar as distrações e os impedimentos. O ascetismo implica a libertação da vida na caverna; da estagnação, das ilusões e do aprisionamento no mundo do corpo; unifica nossos múltiplos desejos na busca de nossos verdadeiros fins. É o método essencial que confere unidade a nossos esforços e supera aquele repouso no prazer que ameaça interromper a dinâmica de nossas atividades mais elevadas. E, na narrativa de Santo Agostinho, a fé é um alicerce. A fé nos permite acreditar em uma narrativa que a tudo abarca. A fé ilumina e permite que façamos as escolhas certas entre os diferentes objetos do desejo, substituindo nosso desejo por coisas terrenas (*cupiditas*) pelo desejo por coisas de natureza celestial (*caritas*) – as coisas essenciais. Conhecer Deus é participar da grandiosa narrativa de nossa criação, nossa existência e nosso fim – nossa escatologia[11].

Além do mais, a crença na existência de uma história de total abrangência equivale à fé na possibilidade de a realidade ser, em última análise, compreensível, significativa e aceitável – Deus concilia as oposições do bem e do mal em uma estrutura fundamental que é o bem. A história pessoal de Santo Agostinho – sua tentativa de explicar o começo, o meio e o fim, e seu empenho em interpretar e dar forma à sua vida no mundo subordinam-se à narrativa de uma história mais abrangente; a história das intenções divinas que, em última análise, só Deus pode conhecer. Ainda que, sem dúvida, ele possa nos revelar algumas de suas partes.

AS IDÉIAS DE AMOR E GRAÇA

Tendo sido criado por Deus, o homem depende, em última instância, da graça de Deus. O homem pode optar pela prática do bem, mas não tem o poder espiritual de fazer o bem que escolheu. Ele precisa do auxílio da graça divina. Enquanto o mal é causado por um ato de livre-arbítrio, a virtude é produto não da vontade humana, mas da graça de Deus. Enquanto a lei moral pode dar a impressão de dizer ao homem o que ele deve fazer, ao fim e ao cabo ela realmente lhe diz o que é errado que faça. Onde a lei impera, a fragilidade humana se vê mais exposta: "a lei foi dada

11. As *Confissões* são uma autobiografia que se apresenta como um relato verdadeiro da vida de uma pessoa e uma narrativa da descoberta da verdade. Santo Agostinho discorre sobre os fatos e embates de sua própria vida, mas apresenta-os como a menor unidade intelectualmente distinta, e ainda assim integral, de uma experiência verdadeira que ele pode nos transmitir. Não se trata de uma questão de abstrair-se da vida a fim de alcançar a verdade – Deus –, tendo em vista que a vida de um, Santo Agostinho, ocorre dentro dos padrões e estruturas estabelecidos pelo outro, Deus. Portanto, a experiência de vida de Santo Agostinho não é um relato do encontro entre alguém e outro, isto é, a experiência do conhecimento de Deus por parte de Santo Agostinho, mas uma experiência de vida *com* Deus, ainda que, de início, esse alguém não tenha admitido a existência desse "outro". Os seres humanos vivem com Deus mesmo quando não reconhecem sua existência. Da mesma forma, a relação entre a psicologia (explicações teóricas do eu) e a sociologia (explicações teóricas expressas em termos dos fenômenos sociais) não constitui uma união de entidades distintas, mas uma relação entre uma e a outra.

para que a graça pudesse ser buscada; a graça foi concedida para que a lei pudesse ser cumprida". O pecado ameaça nos engolir, mas é superado pelo amor de Deus. Esse amor é uma dádiva de Deus, e encontra sua expressão máxima no papel de Jesus Cristo, o mediador entre Deus e o homem. Cristo é uma figura ímpar no sentido de ser Deus tornado mortal para que pudéssemos nos tornar imortais.

JUSTIÇA E DIREITO NATURAL

Vimos que, com Santo Agostinho, a história da vida individual ou pessoal do homem era um subconjunto da história geral da ordem social final – a história de Deus. Portanto, a vida política ou pública de um Estado encontra-se sob o mesmo conjunto de leis morais que regem a do indivíduo. Em última instância, ambas as esferas compartilham uma única fonte de verdade; inteira, inviolada e não sujeita a mudanças na vida humana. Por trás das entidades e operações da ordem mundial está seu autor e governante último: Deus. Todas as coisas são verdadeiramente suas criações e, bem interpretadas, mostram-se como traços de seu ser (*vestigia*). Todos os homens podem chegar a ver e a reconhecer sua verdade, essa estrutura do direito natural ou da justiça natural. O direito natural é a porção intelectual do homem na verdade de Deus, ou na lei eterna de Deus. Santo Agostinho baseia-se na teoria estóica da difusão do princípio da razão, que se estende por toda a natureza, governando e regendo o funcionamento apropriado de todas as coisas. Para os estóicos, o *noûs* – o princípio da razão – condensava as leis da natureza. Porém, enquanto para os estóicos as leis da natureza eram as operações da força impessoal de princípios racionais no universo, Santo Agostinho interpretava a lei eterna como a razão e a vontade do Deus cristão pessoal. A lei eterna tornou-se a divina razão, a vontade de Deus que controla a manutenção (observância) da ordem natural das coisas, e que proíbe sua perturbação. A *lei eterna* é a razão de Deus no comando da regularidade, e a apreensão intelectual humana dos princípios eternos é chamada de direito natural. Para que as leis criadas pelo Estado sejam totalmente justas, dizia Santo Agostinho, as leis temporais devem estar de acordo com o princípio do direito natural, que, por sua vez, deriva do direito eterno.

O universo político assim concebido tornou-se dramaticamente diverso da pólis grega. Santo Agostinho não vê o Estado político como um sistema autônomo, mas como parte de um todo maior. Portanto, o Estado não apenas expressa seu poder de legislar ao criar leis; ao contrário, o Estado também deve observar as exigências de uma justiça de maior amplitude. Essa idéia de justiça, além do mais, é um critério que precede o Estado e é eterno. Portanto, Santo Agostinho tomava por base o pressuposto platônico das essências primeiras para argumentar que a justiça é anterior às ordenações sociais vigentes. Enquanto a problemática prática da jurisprudência grega – aprisionada pela questão pragmática de como criar uma estrutura intelectual capaz de governar racionalmente uma sociedade que girava em torno da participação na pólis – contava com a justiça para encontrar um conceito através do qual se pudesse, legitimamente, distribuir as recompensas devidas no contexto da participação variável na pólis, Santo Agostinho procurava, no conceito de justiça, um critério que transcendesse qualquer configuração social específica, isto é, que remetesse ao cosmo – à criação – como um todo. Os termos da discussão grega precedente forneceram uma linguagem e ferramentas conceituais que se tornaram o material para se criar um imaginário constitucional diferente – Santo Agostinho aceitava a fórmula da justiça como a virtude de dar a cada um o que lhe é devido – algo que, para um leitor independente, criava agora novos problemas. Mais especificamente, como vamos afirmar o que é "devido" a alguém se nos afastamos da especificidade de uma certa localidade? A justiça deve ser meramente convencional; satisfação com padrões distribucionais que experimentamos porque fomos socializados em uma determinada sociedade? Se assim for, a justiça será diferente em cada sociedade. Mas então não haverá uma justiça, mas tantas "justiças" quantas forem as sociedades existentes. Se vamos aceitar tal estado de coisas, isso não significará que estaremos aceitando um conceito que, na verdade, não se referia a nada, pois como é possível que X seja justo na sociedade B e, ao mesmo tempo, injusto na sociedade C? A lógica da não-contradição afirma que não pode haver justo e injusto ao mesmo tempo. Colocando as coisas de maneira mais correta, para Santo Agostinho só pode haver uma justiça e, enquanto nas sociedades concretas pode haver muitas percepções do que é justo e injusto, existe para a justiça uma realidade que transcende essas afirmações particulares.

Santo Agostinho achava que a realidade da justiça devia ser encontrada na estrutura da natureza humana em sua relação com Deus. A justiça é "o hábito da alma que confere a cada homem a dignidade que lhe é devida. (...) provém da natureza (...), e esta concepção de justiça (...) não é produto da opinião pessoal do homem, mas sim alguma coisa inculcada por um certo poder inato". Exigir que o Estado seguisse esse padrão significava, obviamente, impor pesadas limitações morais ao poder político. De fato, argumentava Santo Agostinho, se as leis do Estado não estiverem em harmonia com o direito e a justiça naturais, não terão o caráter de verdadeiras leis nem haverá, no caso, um Estado verdadeiro. Uma vez que ele definia uma comunidade como um Estado do povo, "não haverá povo se este não estiver unido por um consenso do direito; tampouco haverá direito que não esteja fundamentado na justiça. Segue-se daí que, onde não houver justiça, não haverá comunidade". Desse modo, Santo Agostinho parece ter encontrado sua resposta para a questão de um conceito crítico e investigativo para investigar a ordem jurídica convencional. A ordem jurídica deve ter uma base, e essa base não pode ser o processo em si; a mera criação do direito através dos órgãos do Estado não pode significar que eles sejam justos. Essa qualidade de justa deve vir de algum outro ato: aqui, está em conformidade com a origem última da verdade, a vontade de Deus.

Ao associar a justiça à lei moral, Santo Agostinho argumentava que a relação fundamental na justiça não é aquela que se dá entre homem e homem, mas sim entre o homem e Deus: "Se o homem não servir a Deus, que justiça se pode imaginar

que há nele? Ao ver que ele não serve a Deus, a alma não tem nem soberania legítima sobre o corpo nem razão sobre os sentimentos." A justiça coletiva é impossível sem a justiça individual da relação com Deus, pois "se essa justiça não for encontrada em um homem, tampouco poderemos encontrá-la em uma multidão. Entre tais homens, portanto, inexiste aquele consenso jurídico que cria uma comunidade de pessoas". E, de novo: "Não é [injusto todo aquele que] se afasta de seu Deus, e se entrega ao serviço do demônio?" Entre outras coisas, servir a Deus e amar seu semelhante significa reconhecer que todos os homens também devem ter o direito e a oportunidade invioláveis de amar e servir a Deus. Toda a ética, portanto, se fundamenta no amor do homem a Deus e no amor a seu semelhante. O amor precede a justiça.

Tendo alçado a Igreja e a religião a uma posição de superioridade sobre o Estado temporal, Santo Agostinho concede ao Estado o direito de usar a força repressiva. O Estado é produto da condição pecaminosa do homem, razão pela qual é preciso haver um órgão de controle. Ainda assim, Santo Agostinho não admite que o princípio da força seja superior ao princípio do amor. Para o santo, a base da sociedade ideal é a fé e o "sólido consenso" que se verificam quando o objeto do amor é o bem universal que, em sua natureza mais excelsa e verdadeira, é o próprio Deus, e onde os homens se amam uns aos outros com absoluta sinceridade em sua confiança em Deus. O fundamento desse amor social é o "amor daquele a cujos olhos é impossível ocultar o espírito do amor". O Estado temporal ainda tem uma função (ainda que sua força não se equipare ao poder criador do amor), pois a ação do Estado pode, ao menos, atenuar alguns males: "Quando o poder de ferir é tirado dos que praticam o mal, eles se comportarão melhor se forem reprimidos. (...) O Estado não terá sido criado em vão." Contudo, o Estado que usasse sua força coerciva para fazer cumprir as leis sem justiça seria a manifestação empírica de um Estado imperfeito.

A IDÉIA AGOSTINIANA DA EXISTÊNCIA SOCIAL DIVIDIDA ENTRE "DUAS CIDADES" E SUA FILOSOFIA DA HISTÓRIA

Em sua obra principal, *sobre A cidade de Deus contra os pagãos*, Santo Agostinho se propõe a defender o cristianismo contra a acusação de que a recusa da Igreja em fazer oferendas aos deuses pagãos de Roma – quando a fé cristã se tornou a principal religião – teria levado ao colapso do Império Romano e ao saque de Roma. Por que, se o cristianismo era verdadeiro, (esse novo) Deus não tinha defendido a cidade contra os godos? Sua resposta consistiu em dividir a humanidade em duas, com dois tipos de interesses e energia, dois tipos de amor, habitando duas cidades:

> (...) uma delas consiste naqueles que vivem segundo critérios humanos, a outra nos que se submetem à vontade de Deus. (...) Por duas cidades, entendo duas sociedades de seres humanos, uma das quais está predestinada a reinar com Deus por toda a eternidade, e a outra condenada a sofrer punições eternas com o demônio (Livro XV, 1).

A humanidade experimenta dois tipos de amor: alguns amam a Deus, outros amam a si próprios e ao mundo. Roma perdeu-se devido aos vícios de seus habitantes. A velha república carecia de uma verdadeira profundidade, uma vez que lhe faltava a verdadeira justiça, que só é possível quando se está unido no amor a Deus. Como Santo Agostinho pergunta em uma famosa passagem:

> Elimine-se a justiça, e o que são os reinos a não ser gangues de criminosos em grande escala? E o que são as gangues senão reinos em pequena escala? Uma gangue é um grupo de homens sob o comando de um líder, unido por um pacto de conivência que determina que o saque seja dividido nos termos de uma convenção previamente ajustada.
>
> Se essa vilania conquista tantos recrutas nas fileiras dos depravados que adquire um território, estabelece uma base, captura cidades e subjuga povos, o passo seguinte é arrogar-se abertamente o título de reino, que lhe é conferido aos olhos do mundo não pela renúncia à agressão, mas pela obtenção da impunidade.
>
> Foi espirituosa e verdadeira a resposta dada por um pirata capturado a Alexandre, o Grande. O rei perguntou-lhe: "Que pretendes ao infestar os mares?", e o pirata respondeu, com irrefreável insolência: "O mesmo que pretendes ao infestar a terra! Mas, como o faço com um pequeno navio, sou chamado de pirata; quanto a ti, como o fazes com uma poderosa esquadra, és chamado de imperador" (Livro IV, 4).

Uma verdadeira sociedade é uma associação de seres racionais unidos por um acordo unânime a propósito das coisas que amam. O destino do mundo estava no conflito entre dois tipos de amor e dois tipos de cidades. Em última instância, com a graça de Deus o verdadeiro amor venceria. Se, por um lado, a linguagem de Santo Agostinho exala uma eloqüente imprecisão, por outro podia ser intimidativa em sua coerção[12]. Pois, se alguém podia estar convencido da verdade de seu ser essencial, seria uma perversidade apartar-se desse ser "natural"[13]. A relação entre o amor de Deus e o poder de Deus, e a relação do homem com ambos, nunca foi totalmen-

12. Para as concepções liberais, essa crença em uma verdade pode mostrar-se autoritária. Dois fatos associados a Santo Agostinho podem servir de exemplo. O primeiro diz respeito a seu papel como administrador da Igreja, o segundo à força conferida a um texto quando a estrutura institucional mantém-se fiel a ele como verdade consagrada. Quanto ao primeiro, durante a luta com o movimento donatista no Norte da África – um movimento dissidente cada vez mais reprimido pelas autoridades – Santo Agostinho concordou aos poucos, e de início com relutância, com as medidas repressivas empregadas contra o movimento. Seu endosso a essas medidas parecia constituir uma ação política que contrariava a diretriz básica de seu pensamento, mas faz sentido no contexto da ameaça que o movimento colocava à unidade e à necessidade de uma concepção de amor que subjaz ao sistema de Santo Agostinho. O segundo fato remete à interpretação que autoridades posteriores da burocracia cristã deram a seu uso da expressão do Evangelho "trazei-os aqui" (*coge intrare*, Lucas, 19, 23. Uma interpretação que legitimava o uso da perseguição, da repressão e da conversão violenta, processos muito bem conhecidos nos trágicos eventos da Inquisição.

13. "(...) não é uma substância, mas uma perversidade da vontade o apartar-se de ti, Deus, a suprema substância, em direção a coisas mais baixas" (*Confissões*, VII, 5).

te estável. Santo Agostinho se refere constantemente a "uma enfermidade da alma" que nos afasta de Deus, e afirma que a "desobediência" à vontade divina provém de uma "insuficiência da vontade" ou da "escravidão férrea de minha própria vontade (...), que me manteve preso a uma escravidão implacável". É possível que Santo Agostinho estivesse certo ao falar sobre o peso das preocupações deste mundo e deplorar que muitos pudessem considerar "o fardo deste mundo como uma espécie de peso agradável (...), como acontece no sono", pois, enquanto ele esperava por uma iluminação platônica das massas, as crenças subjacentes a suas esperanças não demorariam a ser dolorosamente testadas. A sabedoria dos antigos como aprendizado geral estava quase perdida na "era das trevas" que se seguiu à queda do Império Romano em 476 d.C., e só se mantinha viva graças aos eruditos cristãos que se empenhavam na busca da "verdade" de tal sabedoria. O saber jurídico ganharia raízes seculares na pioneira Escola de Direito de Bolonha, no território papal ao norte da parte central da Itália (com seu início por volta de 1100). Ali, o estudo do *Digesto* de Justiniano – que, juntamente com os *Institutos*, o *Código* e as *Novellae* justinianas (livro didático e coletânea do direito imperial romano tardio), constituía aquilo a que se dava o nome de *Corpus Juris Civilis* – deu origem a uma tradição do estudo do direito romano que persiste até hoje. Visto como a encarnação clássica da razão jurídica e política, o estudo do direito romano oferecia uma base para a administração civil. Não obstante, a maior parte da teoria jurídica continuava a ser proposta por membros da Igreja – e não por juristas – cujo interesse consistia em manter uma síntese das relações entre o homem e Deus. Uma síntese que receberia sua forma mais avançada nos escritos de Santo Tomás de Aquino.

SANTO TOMÁS DE AQUINO: A DOUTRINA TOMISTA COMO APOGEU DO SISTEMA ESCOLÁSTICO DE FILOSOFIA MEDIEVAL[14]

Sendo basicamente um teólogo, Santo Tomás "cristianizou" Aristóteles. Não foi apenas o autor de uma filosofia teológica; traçou, também, as linhas gerais da teologia e da filosofia como meios diferentes de se abordar a vastidão da criação divina. Enquanto Santo Tomás concordava com Santo Agostinho que a verdadeira felicidade estava em chegarmos ao conhecimento de Deus, ele enfatizava que os erros de nossos pontos de partida básicos podiam afetar radicalmente nossa vida e, desse modo, levar-nos a relações falsas com Deus. A teologia começa com as verdades da vontade de Deus do modo como nos foram transmitidas por revelação divina, enquanto a filosofia começa com o mundo do modo como este foi revelado aos nossos sentidos, e analisa-o para tentar descobrir seus princípios. A filosofia preocupa-se com os objetos imediatos da experiência dos sentidos e eleva seu raciocínio a concepções mais gerais; em última instância, a mente chega ao fim dos primeiros princípios das causas originais do ser e, assim, chega à prova da existência de Deus. Inversamente, a teologia começa com a fé em Deus e passa a interpretar a vida de todas as coisas como derivadas de sua existência enquanto criaturas de Deus. O filósofo decide-se sobre suas conclusões – sua verdade – através da análise de descrições racionais das coisas, enquanto o teólogo trabalha com a segurança de uma fé absoluta na solidez inabalável do conhecimento revelado. A filosofia pode oferecer cinco maneiras de raciocinar para concluir que Deus existe: as provas do movimento, da causa eficiente, do necessário, por oposição ao possível, a dos graus de perfeição e a da ordem do universo (*Suma teológica*, p. II, r. 1, 2, 3).

O cosmo é uma hierarquia de coisas diferentes combinadas em uma grande *cadeia do ser*. Tudo pertence a uma ou a outra espécie, e a variação existente no cosmo demonstra o alcance da perfeição de Deus, dos anjos aos elementos do fogo, da terra, da água e do ar. Cada nível do ser tem uma natureza compósita particular; para o homem, a alma é a forma, o corpo a substância material.

AS IDÉIAS DE SANTO TOMÁS DE AQUINO SOBRE OS FINS DO HOMEM E O DIREITO NATURAL

A concepção tomista do direito natural pressupõe uma visão teleológica da natureza humana. O homem é naturalmente voltado para determinados fins: a felicidade está em alcançar o fim ou o objetivo do homem. Inversamente, pecar é não agir com perfeição. O poder de pecar é a capacidade de deixar de agir segundo os fins que, por nossa própria natureza, deveríamos estar tentando alcançar. Esses fins encontram-se em diferentes níveis, como no caso das diferentes tendências do homem. Enquanto Aristóteles havia oferecido uma moral naturalista na qual os homens podiam alcançar a virtude e a felicidade mediante a satisfação de suas aptidões ou seus fins naturais, Santo Tomás acrescentou o conceito cristão do fim sobrenatural do homem. Para Santo Agostinho, tanto a origem quanto o fim último da existência humana estão em Deus. A natureza humana não é auto-suficiente com seus próprios padrões de realização; ao contrário, a humanidade deve combinar os fins do funcionamento natural com os fins sobrenaturais. Inversamente, Santo Tomás argumentava que o corpo não podia ser rejeitado[15]. O corpo fomenta certos tipos de atos, apeti-

14. Santo Tomás de Aquino (1225-74), por todos reconhecido como o maior pensador católico da Idade Média, sintetizou as idéias gregas clássicas – em particular as de Aristóteles – e as idéias cristãs. Outras influências vieram de autores árabes e judeus. A disputa entre agostinianos e tomistas dominou a filosofia cristã da Idade Média, tendo por distinções predominantes aquelas que se verificam entre as concepções neoplatônicas e neo-aristotélicas, o uso da fé ou do raciocínio empírico sobre o mundo enquanto base do conhecimento, a reação ao corpo ou à atuação por meio do corpo.

15. Ao desenvolver uma concepção da natureza humana, não podemos ignorar o fato de que o homem é uma substância física. Enquanto Platão havia falado sobre a alma como prisioneira do corpo, e Santo Agostinho considerava-a como substância espiritual independente do corpo, ambos negligenciavam o fato de que a alma

tes e paixões. Os sentidos possibilitam um nível de conhecimento sobre os objetos sensíveis, e o homem é atraído para alguns objetos percebidos como prazerosos e bons (apetite concupiscente) e repelido por outros que são percebidos como prejudiciais, dolorosos ou maus (apetite irascível). Essa atração e rejeição constituem os rudimentos básicos da capacidade humana de amar, sentir prazer, odiar e temer.

Enquanto os animais são sujeitos ao controle desses apetites irascíveis e concupiscentes, o homem escapa a tal dependência e se torna um sujeito livre através da força da vontade e da razão. O intelecto pode ordenar os bens da existência. Riquezas, prazer, poder e conhecimento são bens – objetos legítimos dos apetites –, mas não podem produzir a felicidade mais profunda do homem. Não possuem o caráter do bem universal que é buscado pela alma humana. Santo Tomás acredita que esse bem não se encontra nas coisas criadas, mas sim em Deus, o bem supremo.

O homem é uma mistura de sensualidade, apetites, vontade e razão que lhe permite exercer uma escolha moral na construção de sua trajetória de vida. O homem cria sua vida a partir de atos *livres*. Se o determinismo físico dominar o homem, nenhuma liberdade de ação e, portanto, nenhuma moralidade, será possível. A liberdade é um pré-requisito absoluto para que qualquer ato seja considerado moral; Santo Tomás afirma que um ato só é humano se for livre. A liberdade implica o conhecimento de alternativas e a capacidade de escolher entre elas. A virtude, ou o bem, consiste em fazer as escolhas certas; é o meio-termo entre os extremos. A virtude se manifesta com o controle dos apetites, através do exercício da vontade e da razão. Existem certas virtudes naturais – coragem, temperança, justiça e prudência – que são complementadas pelo conhecimento humano da lei natural ou da lei moral.

A base da obrigação moral deve ser encontrada, em primeiro lugar, na natureza fundamental do homem. Diversos imperativos são inerentes à natureza do homem, como a necessidade de preservar sua vida e propagar sua espécie, e também, porque ele é racional, um imperativo que se volta para a busca da verdade. A verdade moral elementar consiste simplesmente em "praticar o bem e evitar o mal". Assim, certas coisas parecem razoáveis quando analisamos nossa condição:

(i) o homem tem o dever natural de proteger sua vida e sua saúde, razão pela qual o suicídio e a negligência constituem erros;

(ii) a necessidade natural de propagar a espécie resulta na necessidade fundamental da união entre o homem e a mulher (marido e esposa);

(iii) tendo em vista que o homem busca a verdade, seu melhor meio de consegui-lo consiste em viver em harmonia social com seus concidadãos, que também estão

do homem depende tanto do corpo quanto este da alma. Para Santo Tomás, *o homem é uma unidade de corpo e alma*. Sem a alma, o corpo não teria forma. Sem o corpo, a alma não teria os órgãos dos sentidos, necessários à aquisição do conhecimento. Enquanto substância física, o homem é um composto de alma e corpo; enquanto criatura racional, o homem existe e funciona como homem somente quando unificado como corpo e alma.

engajados em tal busca. Para assegurar uma sociedade ordenada e harmoniosa, as leis humanas são moldadas de modo que sirvam de diretrizes para o comportamento da comunidade.

Esses fatores: preservação da vida, propagação da espécie, formação de uma sociedade ordenada sob leis humanas e a busca da verdade, pertencem todos ao estado natural do homem. A lei moral funda-se sobre a capacidade da razão de reconhecer o curso apropriado de sua conduta à luz da natureza humana, isto é, depois de levar em consideração as tendências naturais da humanidade para modalidades específicas de comportamento[16]. Uma vez que a natureza humana tem certas qualidades fixas, as regras de comportamento que correspondem a essas qualidades são chamadas de direito natural.

O que é, então, a justiça? "A justiça é a vontade constante e duradoura de dar a cada um o que lhe é devido" (*Suma Teológica*, p. 58, r. 1). Devido a alguém é aquilo que é ordenado para cada um, de acordo com as tendências individuais naturais, tendo por objetivo a perfeição de seus fins. O devido a cada um não é conferido pelo direito positivo, mas pelas tendências naturais da natureza humana. Daí se segue, portanto, que se o direito positivo violar o que é naturalmente devido ao homem, essa ordem (jurídico-positiva) poderá ser chamada de injusta com base no direito natural.

Boa parte do impulso para essa teoria do direito natural já fora desenvolvida por Aristóteles. Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles faz distinção entre justiça natural (*physikon dikaion*) e justiça convencional (*nomikon dikaion*). Para ele, a primeira era imutável, e a segunda mutável, ou cambiável. Algumas formas de comportamento, dizia ele, só são erradas porque uma lei foi criada para regular tal comportamento, e somente depois de sua criação. Para usar um exemplo moderno, só é errado dirigir um veículo a certas velocidades porque um limite de velocidade foi estabelecido, mas na natureza não há nada que exija que os veículos viagem a tal velocidade. Essa lei, portanto, não é natural; é convencional, pois antes de ser promulgada não havia nada de errado em se viajar a velocidades que ultrapassem o novo limite. Por outro lado, argumentaria Santo Tomás, existem algumas leis cujos preceitos derivam da natureza, motivo pelo qual o comportamento que regulam foi sempre errado, como no caso do homicídio qualificado. Contudo, Santo Tomás não limitava seu tratamento da lei natural à simples idéia de que, de algum modo, a razão do homem é capaz de descobrir a base natural da conduta humana. Em vez disso, raciocinava o filósofo, se a existência do homem e a natureza só podem ser plenamente compreendidas quando consideradas em relação a Deus, o direito natural deve ser descrito em termos metafísicos e teológicos – como já o haviam feito os estóicos e Santo Agostinho.

O direito, diz Santo Tomás de Aquino, tem a ver fundamentalmente com obrigações que, em última instância, são impostas pela razão.

16. "A virtude moral extrai sua benevolência do domínio da razão, enquanto sua matéria consiste de paixões ou operações (...). [A virtude moral] faz a paixão ajustar-se ao domínio da razão" (Santo Tomás, p. 64, r. 1).

Cabe ao direito comandar e proibir (...). O direito é uma regra e uma medida dos atos, razão pela qual o homem é induzido a agir ou impedido de fazê-lo; pois a lei (*lex*) deriva de "impor obrigação a" (*ligare*), uma vez que obriga uma pessoa a agir. Ora, a regra e a medida dos atos humanos é a razão (...), pois cabe a ela direcionar todas as atividades de um homem tendo em vista o fim ao qual se propõe" (*Summa Theologiae* [Suma teológica], p. 90, r. 1).

O direito implica poder, impõe obrigações. Mas por trás desse exercício de poder do direito encontra-se a razão. Não se trata simplesmente de que "o que quer que agrade ao soberano tem força de lei", uma vez que as leis devem "induzir os que a ela se submetem a agir corretamente". Através do direito positivo, o soberano pode impor coisas que não são razoáveis e obrigar o homem a adotar procedimentos impróprios, mas nesse caso o que se tem não é a lei operando em conformidade com a natureza. O direito natural é ditado pela razão[17]. E, como Deus criou todas as coisas, a natureza humana e o direito natural são mais bem compreendidos como produto da sabedoria ou da razão divina. Como será, então, uma definição simples do direito?

A lei nada mais é que um ordenamento da razão tendo em vista o bem comum promulgado por aquele que tem o encargo de cuidar da comunidade (*Suma Teológica*, p. 90, r. 4).

Em termos ideais, o direito provém do poder de mandar tendo em vista o bem comum, que "compete a todo o povo ou a alguém que é o vice-regente de todo o povo. A criação das leis compete ou a todo o povo ou à personalidade pública que deve cuidar de todo o povo". Além disso, o direito é uma coisa que vive, que existe interiormente no povo: "Para uma pessoa, uma lei não funciona apenas do mesmo modo que o faz para aquele que governa, mas também, por participação, para aquele que é governado." O funcionamento ideal do direito acha-se inscrito no coração e na vontade do povo, uma vez que a natureza humana é, em última instância, natureza racional. A partir desse ponto de vista, Santo Tomás faz uma distinção entre quatro tipos de lei (ver a *Suma teológica*, Questões 90-95).

A RELAÇÃO ENTRE LEI ETERNA, NATURAL, HUMANA E DIVINA

Lei eterna

(...) A lei nada mais é que um ditame da razão prática que emana do goverante que rege uma comunidade perfeita (...), admitindo-se que toda a comunidade universal é regida pela Razão Divina. Portanto, a idéia mesma do governo das coisas em Deus, o senhor do Universo, tem a natureza de uma lei. E, como a concepção das coisas da razão divina não está sujeita ao tempo, mas é eterna (...), conclui-se que essa espécie de lei deve ser chamada de eterna (*Suma teológica*, p. 91, r. 1).

17. "Por conseguinte, a ordem dos preceitos do direito natural segue a ordem das inclinações naturais" (Santo Tomás, p. 94, r. 2).

No intelecto de Deus há um plano que exprime a ordem de todas as coisas tendo em vista seus fins; a esse plano podemos dar o nome de lei eterna. Todas as criaturas trazem a marca dessa lei eterna, e para o homem essa marca tem um sentido especial devido a sua racionalidade.

Lei natural

O direito natural consiste naquela parte da lei eterna que remete especificamente ao ser humano. Se, por um lado, o homem não pode conhecer a totalidade do plano de Deus, a racionalidade humana garante sua participação na razão eterna, por meio da qual ele pode identificar uma tendência natural (normativa) à prática de atos e a fins apropriados[18]. A lei natural nada mais é que a participação da criatura racional na lei eterna (*Suma teológica*, p. 91, r. 2).

Lei humana

As leis escritas específicas dos governos, ou leis humanas, devem derivar dos preceitos gerais da lei natural. Sendo o direito "um ditame da razão prática", o processo de extrair conclusões da lei é muito semelhante ao que se passa com a "razão especulativa" (as ciências). Assim como "extraímos conclusões das diferentes ciências", de "princípios não demonstráveis, naturalmente conhecidos", do mesmo modo "a partir dos preceitos da lei natural (...) a razão humana deve alçar-se à determinação mais particular de certas questões". E "essas determinações específicas, concebidas pela razão humana, são chamadas de leis humanas (...)". O homem tende naturalmente para a virtude, mas a perfeição desta deve ser adquirida por meio de algum treino. Uma lei não é "justa" simplesmente pelo fato de ter sido decretada por um soberano. Santo Tomás argumentava que o que dá a uma lei o caráter de lei é sua dimensão moral, sua conformidade com os preceitos do direito natural, sua conformidade com a lei moral. Tomando a fórmula de Santo Agostinho, isto é, "aquilo que não é justo não parece ser lei alguma", Santo Tomás afirma: "toda lei humana tem tanto da natureza da lei quanto procede da lei da natureza", mas acrescenta: "se, em qualquer aspecto, desviar-se da lei da natureza, não será mais uma lei, mas uma perversão da lei". Enquanto essas leis deixam de obrigar em consciência, devem às vezes

18. "Portanto, devemos dizer que a lei eterna, do modo como é, não pode ser conhecida por ninguém a não ser Deus e os abençoados que o vêem em sua essência. Contudo, qualquer criatura racional conhece essa lei através de uma 'irradiação' mais forte ou mais fraca". (Santo Tomás, p. 93, r. 2)

ser obedecidas para evitar um mal ainda maior. Santo Tomás não se limitava a negar o caráter de lei a qualquer preceito governamental que violasse a lei moral natural; tal preceito, afirmava, não deve ser obedecido. Algumas leis podem ser injustas pelo fato de se oporem ao bem divino, por exemplo as leis dos tiranos que induzem à idolatria ou a qualquer coisa que contrarie a lei divina. As leis desse tipo "não devem, de modo algum, ser observadas, pois (...) *devemos obedecer a Deus, não aos homens*". A razão humana é falível e sujeita a erros; as leis humanas "não podem ter aquela infalibilidade que é inerente às conclusões demonstradas pelas ciências".

Lei divina

A função da lei é dirigir o homem a seu devido fim. Tendo em vista que o homem é predestinado à felicidade eterna, além de sua felicidade temporal, deve haver algum tipo de lei que possa conduzi-lo àquele fim sobrenatural. Neste ponto, Santo Tomás vai além de Aristóteles, uma vez que afirma que esse filósofo só conhecia o objetivo e o fim natural do homem, e que para tal propósito a lei natural, conhecida pela razão humana, era tida como um guia suficiente. Mas a felicidade eterna à qual o homem está predestinado torna "necessário que, além da lei natural e humana, o homem seja levado a seu fim por uma lei de origem divina". Portanto, a *lei divina* é acessível ao homem através da revelação, e encontra-se nas Escrituras. Não é produto da razão humana, mas foi dada ao homem por meio da graça divina, para assegurar que ele tenha conhecimento do que deve fazer para satisfazer tanto seus fins naturais quanto, mais especialmente, seus fins sobrenaturais. A diferença entre lei natural e lei divina é a seguinte: a lei natural representa o conhecimento racional humano do bem; opera através do intelecto, que dirige a vontade de modo que controle seus apetites e paixões, levando-o a consumar seu fim natural mediante a aquisição das virtudes cardeais da justiça, temperança, coragem e prudência. A lei divina, por outro lado, provém diretamente de Deus através da revelação, um dom da graça divina por meio do qual o ser humano é levado a seus fins sobrenaturais; tendo obtido as virtudes superiores, ou teológicas, da fé, da esperança e do amor, essas virtudes são "infundidas" no homem pela graça de Deus. Desse modo, Santo Tomás cristianizou e ultrapassou a ética naturalista de Aristóteles, supostamente por ter demonstrado de que maneira se pode assegurar o desejo natural que o homem tem de conhecer Deus, indicando como a revelação se torna a diretriz da razão e descrevendo o modo como a natureza superior do homem é aperfeiçoada pela graça divina.

A CONCEPÇÃO TOMISTA DO ESTADO

A partir da definição aristotélica do homem como animal social nascido para a sociedade política, Santo Tomás concorda que o Estado é uma instituição natural derivada da natureza humana, mas postula que o Estado também tem um dever que lhe é imposto no sentido de ajudar o homem a cumprir seu fim natural. Uma vez que o Estado não está equipado para lidar com esse fim último do homem, deve reconhecer a limitação de suas funções; é papel da Igreja conduzir o homem a esse fim. Santo Tomás não dividiu simplesmente a autoridade nessas duas esferas da preocupação humana, conferindo autoridade ao Estado em uma área e à Igreja na outra; ao contrário, atentou para o Estado e explicou sua origem em termos de criação divina.

Para esse ponto de vista, o Estado é desejado por Deus e tem, como função atribuída por Deus, o dever de servir de instrumento à expressão da natureza social do homem. Ao contrário de Santo Agostinho, Santo Tomás não vê o Estado como produto da pecaminosidade do homem: mesmo "no estado de inocência o homem teria vivido em sociedade". Mas mesmo então "uma vida comum não poderia existir, a menos que houvesse alguém que detivesse o controle, encarregando-se do bem comum". A função do Estado consiste em assegurar o bem comum ao manter a paz, organizar harmoniosamente as atividades dos cidadãos, prover os recursos necessários à manutenção da vida e impedir, na medida do possível, que obstáculos venham a se interpor ao bem viver. Este último item, que remete às ameaças ao bem viver, atribui ao Estado não apenas uma função ligada ao fim último do homem, mas também dá conta da posição do Estado em relação à Igreja.

O Estado é subordinado à Igreja. Isso não quer dizer que a Igreja seja um superestado, mas apenas que o Estado tem sua própria esfera de funções legítimas, como acontece com a Igreja. Dentro dessa esfera, o Estado é autônomo. Contudo, na medida em que existem aspectos da vida humana que dizem respeito ao fim sobrenatural do homem, o Estado não deve colocar obstáculos arbitrários que frustrem a vida espiritual humana. Dentro de sua própria esfera, o Estado é aquilo que Santo Tomás chama de "sociedade perfeita", tendo seus próprios fins e os meios para alcançá-los, mas o Estado é como o homem; nenhum dos dois se limita a um fim natural. O fim espiritual do homem não pode ser conquistado "pelo poder humano, mas sim pelo poder divino". Ainda assim, porque o destino do homem inclui a conquista da fruição de Deus, o Estado deve reconhecer esse aspecto do destino humano: ao prover o bem comum de seus cidadãos, o soberano deve empenhar-se em alcançar o objetivo de sua comunidade com consciência do fim espiritual da humanidade. Em tais circunstâncias, o Estado não se transforma na Igreja, mas isso realmente significa que o soberano "deve impor aquelas coisas que levam à beatitude celeste e proibir, até onde for possível, a vigência de seus contrários". Desse modo, Santo Tomás afirmava a legitimidade do Estado e sua autonomia em sua própria esfera, subordinando-o à Igreja apenas para assegurar que o fim espiritual último do homem fosse levado em consideração.

Ao mesmo tempo que o Estado controla o comportamento de seus cidadãos através da instância da lei, é por sua vez limitado pela exigência da aplicação de leis justas. Em nenhuma parte a rejeição tomista da autonomia absoluta do Estado é tão claramente afirmada como quando ele descreve os critérios para a criação do direito humano, ou direito positivo. Já analisamos os diferentes tipos de leis: eterna, natural, humana e divina. O Estado é, em particular, a fonte do direito humano. Cada governo se vê diante da tarefa de criar leis específicas que controlem o comportamento de seus cidadãos nas circunstâncias particulares de seu próprio tempo e espaço.

Contudo, a criação das leis não deve ser um ato arbitrário; elas devem ser elaboradas sob influência do direito natural, que é a participação humana na lei eterna de Deus. As leis positivas devem consistir em regras específicas derivadas dos princípios gerais do direito natural. Qualquer lei positiva humana que viole o direito natural perde seu caráter de lei, torna-se "uma perversão jurídica" e perde sua força de direito na consciência dos homens. O legislador tem sua autoridade para legislar a partir de Deus, que é a fonte de toda autoridade, e é responsável perante Deus: "(...) nos assuntos humanos, os superiores influenciam os inferiores por meio de sua vontade, em virtude de sua autoridade de ordem divina (*Suma teológica*, p. 104, r. 1).

O objetivo da autoridade política consiste em prover o bem comum; a autoridade nunca deve ser usada como um fim em si mesma, ou para fins egoístas. O bem comum tampouco deve ser interpretado de modo que implique que se perca o indivíduo de vista no todo coletivo. O bem comum deve ser o bem de pessoas concretas. Desse modo, Santo Tomás diz que "o efeito apropriado do direito consiste em tornar os homens bons". Isso quer dizer que a expressão *bem comum* só tem sentido para Santo Tomás na medida em que resulte no bem dos indivíduos. Ao mesmo tempo, Santo Tomás diz que "o bem de qualquer parte é considerado em comparação com o todo (...). Uma vez que todo homem é parte de um Estado, é impossível que um indivíduo seja bom a menos que bem ajustado ao bem comum". Todo o esquema da sociedade e suas leis caracteriza-se pelos elementos racionais que o constituem. Portanto, mesmo que o soberano tenha autoridade e poder, o direito não deve refletir esse poder em sentido puro, mas sim domesticado pela razão e voltado para o bem comum. Toda racionalidade, todas as áreas de regulamentação devem levar em conta a operação do todo. O equilíbrio e a harmonia imperam de acordo com a razão justa, que em última análise se funda sobre a certeza da existência de Deus. Mas o que aconteceria se tal certeza se visse destruída? Se a estreita ligação entre o céu e a terra viesse a romper-se e o homem ficasse sozinho no mundo? O que aconteceria se a filosofia se opusesse a sua incorporação à teologia e exigisse o direito de esmiuçar toda e qualquer pretensão ao saber?[19] A teologia sobreviveria a tal devassa crítica? Ou passaria por um processo de desconstrução? O que, então, supriria a razão que está por trás do poder de comando do direito?

19. Como afirma Leo Strauss (1953: 74), a reconciliação medieval da fé e da razão era insustentável:

> O homem não pode viver sem luz, orientação, conhecimento; somente através do conhecimento do bem pode ele encontrar o bem de que necessita. Portanto, a questão fundamental é saber se os homens podem adquirir esse conhecimento do bem sem o qual não conseguem dirigir suas vidas individualmente, ou coletivamente, por meio do empenho solitário de suas aptidões naturais, ou se dependem, para a obtenção desse conhecimento, da revelação divina. Nenhuma alternativa é mais fundamental que esta: a direção divina ou a direção humana. A primeira possibilidade é característica da filosofia ou da ciência no sentido original do termo, e a segunda é apresentada na Bíblia. O dilema não pode ser evitado por nenhuma síntese ou harmonização, pois tanto a filosofia quanto a Bíblia proclamam alguma coisa como a coisa necessária, como a única coisa que, em última análise, tem importância, e a coisa necessária proclamada pela Bíblia é o contrário da que é proclamada pela filosofia: uma vida de amor obediente *versus* uma vida de livre discernimento.

NOTA CRÍTICA SOBRE A MISTIFICAÇÃO DO DIREITO NATURAL E SUA RELAÇÃO COM A SEGURANÇA EXISTENCIAL

O direito natural tomista tem força crítica. Aos governantes, torna difícil apelar a Deus a fim de arrogar-se um poder absoluto, uma vez que o governante só tem autoridade na medida em que esta lhe tenha sido assegurada pelo direito natural. Se o governante extrapolar sua esfera de competência e tiranizar seu povo, estará ultrapassando sua autoridade legítima. Como os governantes também são sujeitos ao direito natural, os súditos podem recusar-se a obedecer e, inclusive, ser desculpados se deflagarem uma rebelião (*Suma teológica*, I-II, p. 96, r. 4).

Como, porém, esse direito da natureza pode ser "verdadeiramente" conhecido se depositarmos nossa fé na revelação e permitirmos dúvidas quanto à capacidade de a razão natural do homem desvelar áreas suficientes dos planos de Deus para que o cosmo seja verdadeiramente revelado? Os resultados resistiriam ao exame como correlações naturais, ou seriam simples asserções ideológicas? Eis alguns exemplos:

(i) Santo Tomás aceitava claramente a escravidão, defendendo-a por considerá-la um simples reflexo da ordem natural e do fim natural de certas coisas:

> Os escravos não fazem parte do povo ou do Estado (*Suma Teológica*, I-II, p. 98, r. 6).
>
> O escravo é alguma coisa que pertence a seu dono porque ele é seu instrumento (*Suma Teológica*, I, p. 97, r. 4).

Por essa razão, está provado que alguns são escravos em conformidade com a natureza, (*De regimine principium*, Livro I, cap. 10).

> O Estado deve reforçar essa ordem natural: (...) a cada um o que lhe é devido. Ora, de uma coisa se diz que pertence a ele quando lhe é ordenada, assim como um escravo o é por seu senhor. (*Suma teológica*, I, p. 21, r. 1).

(ii) O elitismo político é naturalmente estabelecido. "Os homens de inteligência superior são naturalmente os governantes e senhores dos demais" (Em *Metaphysicam Aristotelis: Commentaria*, prólogo).

(iii) As mulheres são naturalmente inferiores aos homens. "Por natureza, o masculino é melhor e o feminino pior; e o masculino governa, enquanto o feminino a ele se sujeita" (em *IV Libros politicorum: Commentaria*, Livro I, Preleção 3, edição de Parma, Vol. IV: 377).

Para as sensibilidades modernas, Santo Tomás está atribuindo à ordem empírica das coisas uma certeza metafísica e uma base deificada às quais tal ordem não tem "direito". Visto desse modo, o conteúdo específico dessas teorias do direito natural não mais parecem revelações de sabedoria eterna que conferem existência e ordem à criação, mas sim uma racionalização daqueles aspectos da ordem contingente correntemente aceita e um distanciamento daqueles que são rejeitados. Assim, o recur-

so a uma ordem concedida por Deus serve para mitigar o mistério da natureza desse vasto mundo contingente ao mesmo tempo que atenua o desejo filosófico de dar continuidade à busca do conhecimento. Para muitos modernos – e a segunda citação no início deste capítulo, de Nietzsche, é um ótimo exemplo – as doutrinas teológicas do direito natural podem ter servido para libertar o homem do medo do cosmo, mas sujeitaram-no ao poder de uma inverdade organizada. A tese do direito natural e da ordem natural oferecia segurança existencial ao apurar e domesticar o encantamento do mistério; a modernidade não demoraria a exortar a humanidade a seguir por outra trajetória – a da separação entre homem e natureza e da transformação da percepção humana da relação entre natureza e direito. Em vez de a lei se tornar o mecanismo capaz de ligar a capacidade humana de relativa autonomia e autodeterminação ao funcionamento e ordenamento naturais, a filosofia jurídica dos modernos – aquela do positivismo jurídico – ofereceu à humanidade o mecanismo mediante o qual se tornava possível ordenar as relações sociais com base em sua modernidade, isto é, em sua inaturalidade. A história desse desenvolvimento irá ocupar grande parte deste texto, mas por ora é suficiente dizer que a liberdade dos modernos vem com um preço a pagar: o de um desencanto e consciência da contingência cada vez maiores.

É verdade que chamar nossa posição no cosmo de contingente equivale a usar uma linguagem moderna, e denota uma extraordinária transformação. Este capítulo começou com três citações; a primeira é um excerto do Apocalipse, escrita num momento em que a perspectiva da morte era extremamente pesada para o autor, que nos exorta a acreditar na religião e na esperança de reconciliação; a segunda foi extraída dos escritos modernistas anti-religiosos de Nietzsche, culpando a religião por submeter o desejo humano da verdade aos limites das ideologias religiosas; a última citação é de Bertrand Russell, e nela esse autor defende a contingência. Na modernidade, a tensão não resolvida pela teologia medieval entre a idéia de que "Deus é senhor da História" e a liberdade do indivíduo para dar forma a seu destino ampliou-se quando Deus "morre a morte de mil restrições" (Flew, 1971: 14), chegando ao ponto em que o homem se tornou o motor da história. Russell nos exorta a enfrentar um novo senso de responsabilidade, mas cientistas contemporâneos como o biólogo molecular Jacques Monod (que chamou seu livro de *Chance and Necessity* [Acaso e necessidade] também nos exortam a ter consciência do preço existencial a ser pago pela morte do conforto que encontrávamos no amor de Deus.

> O homem deve, por fim, despertar plenamente de seu sonho milenar; e, ao fazê-lo, despertar para sua total solidão, seu isolamento fundamental. Agora, ele finalmente se dá conta de que, como um cigano, vive no limite de um mundo que lhe é estranho. Um mundo que é surdo à sua música, tão indiferente a suas esperanças quanto a seu sofrimento ou seus crimes (1972: 172-3).

Contudo, quando a humanidade emergiu da Idade Média, a jurisprudência viria a atenuar a tensão entre o amor de Deus e o poder de Deus ao distanciar-se do amor à metafísica e ao secularizar o poder. A figura-chave dessa transição seria o inglês Thomas Hobbes.

Capítulo 4

Tomas Hobbes e as origens da teoria imperativa do direito:

ou **mana** *transformado em poder terreno*

> Da harmonia, da harmonia celeste,
> Esta ordem universal teve início:
> Quando a natureza jazia sob uma
> Infinidade de átomos vibrantes,
> E sequer conseguia erguer a cabeça,
> A voz melodiosa fez-se ouvir das alturas:
> Levantai-vos, ó mais que mortos.
> E então venham o frio e o quente, o úmido e o seco,
> Conforme seu lugar designado,
> E obedeçam ao poder da música.
> Da harmonia, da harmonia celeste,
> Esta ordem universal teve início;
> De harmonia em harmonia,
> Percorreu todo o registro das notas musicais
> E foi consumar-se plenamente no homem (Dryden, 1687).

> Que obra de arte é o homem, e quão nobre sua razão! Quão infinitas suas faculdades! Em forma e movimento, quão expressivo e admirável! Na ação, é como um anjo; na inteligência, assemelha-se a um Deus; a beleza do mundo, o paradigma dos animais (Shakespeare, *Hamlet*, 1604).

A ATENÇÃO DIVIDIDA DO HOMEM NA TRADIÇÃO MEDIEVAL: É PRECISO TENTAR CONTROLAR OS EVENTOS DESTE MUNDO OU PROCURAR A SALVAÇÃO NO "OUTRO" MUNDO DO AMOR DE DEUS?

Shakespeare, escrevendo sob a retórica da tradição medieval ao mesmo tempo que se defrontava com o avanço da ética humanista da auto-expressão, deu-nos uma imagem dupla do homem. Por um lado o homem, criado à imagem de Deus, era um ser maravilhoso em seu estado natural e incorrupto. Há que se rejubilar com o que o homem é capaz de fazer, e desesperar-se com o modo como as circunstâncias podem corrompê-lo. Por outro lado, o homem era uma vítima freqüente de uma incapacidade radical de fazer escolhas. Como Hamlet podia ser bem-sucedido se era ao homem, e somente a ele, que se pedia para restaurar o equilíbrio do cosmo? Apesar de todas as forças que a levavam à dissensão, a Europa medieval era unida por

uma concepção teológica do cosmo indivisível, o mundo e o céu unidos por uma cadeia contínua de causa, efeito e conseqüência. Mas enquanto Dryden, já em 1687, podia representar um cosmo unido por harmonia musical, os acontecimentos do mundo freqüentemente soavam pungentes aos ouvidos humanos. Tanto as estruturas platônicas quanto as aristotélicas cristianizadas levavam a atenção do homem a cindir-se entre o mundo existente e o outro mundo; enquanto se dizia ao homem que a salvação estava fora da caverna, ele desejava humanizar as condições da vida presente. A luta entre os dois mundos era intelectual, prática e inexorável. Mesmo quando, em *Medida por medida*, o duque implorava a Cláudio para lembrar-se da realidade escatológica quando se deparasse com a tentação – "Preparai-vos, portanto, para a morte!" –, a morte era um aspecto demasiado presente. Nicolau Maquiavel, pensador político italiano, talvez tenha sido o primeiro a desprezar o mundo espiritual da escatologia e da redenção, argumentando que devíamos nos concentrar em evitar a idéia da morte na vida corrente.

O USURPADOR MAQUIAVEL: UMA PRIMEIRA TENTATIVA DE INFRINGIR A CONCEPÇÃO RELIGIOSA DO DIREITO NATURAL

Maquiavel (1469-1527) é famoso por duas obras um tanto contrastantes: *Discursos* e *O príncipe*. Nos *Discursos* (que muitos críticos atuais interpretam como o primeiro texto a expor as idéias de um "humanismo cívico" ou "republicanismo cívico" moderno, a república romana era apresentada aprobativamente, e um tanto idealisticamente, como defensora da autonomia e da liberdade. Os *Discursos* pregavam uma organização republicana livre na qual um espírito unificador dos fins era evidente e apresentado como capaz de produzir uma nova individualidade – *virtu* –, uma ética livre da moral tradicional. Por sua vez, *O príncipe* recomendava que um monarca absolutista deve ser capaz de grandes imposturas para manter-se no poder e impor sua vontade; *O príncipe* enfatizava a inevitabilidade do conflito social e a impossibilidade de eliminar a separação entre amigo e inimigo. O governo fraco era em parte um reflexo dos tipos de obrigações morais, ou de imaginação normativa, que a religião oficial estimulava. A cristandade colocava a felicidade suprema na humildade, na inferioridade e no desprezo pelas coisas do mundo, enquanto as religiões da Antiguidade (ou assim pensava Maquiavel) haviam enfatizado a grandeza de alma, a força do corpo e várias outras qualidades que tornavam o homem um ser formidável. A cristandade produzira homens fracos, levando-os a tornar-se presas fáceis de homens mal-intencionados: "Nós, italianos, devemos à Igreja de Roma e a seus padres o fato de nos termos tornado irreligiosos e maus (...)." Se, por um lado, a religião é necessária para manter unido o povo comum e assegurar a paz e a ordem, levando-o a temer as conseqüências de desobedecer à autoridade, por outro o governante não deve se deixar conduzir por mitos religiosos. A religião era, de fato, um fenômeno "civil", algo que devia ser discutido à margem da mitologia. O governante deve dissimular suas verdadeiras crenças e intenções "de modo

que se torne um grande hipócrita e dissimulador (...)". O príncipe deve ignorar o fato de suas ações serem consideradas virtuosas ou corruptas; ao contrário, deve fazer o que quer que for necessário – o que quer que for apropriado – à situação em que se encontra, de modo que obtenha sucesso da maneira mais rápida e eficiente possível. A imagem do homem apresentada por Maquiavel era sombria e tinha por base uma amarga experiência pessoal[1].

> (...) coloca-se aí uma questão: se é melhor ser amado que temido, ou vice-versa. Não duvido de que todo príncipe gostaria de ser ambas as coisas, mas, como é difícil conciliar essas qualidades, se for preciso escolher é muito mais seguro ser temido do que amado. Pois é uma boa regra geral sobre os homens saber que eles são ingratos, volúveis, mentirosos e trapaceiros, tementes aos perigos e ávidos por ganhos. Enquanto lhes fizeres o bem, serão todos teus, e haverão de oferecer-te o próprio sangue, seus bens, sua vida e a vida de seus filhos (...) desde que o perigo esteja bem distante. Mas quando o perigo está próximo, eles se voltam contra ti. E então, qualquer príncipe que tenha confiado em suas palavras e não disponha de quaisquer outros meios de defesa, irá sofrer grandes reveses; pois as amizades que se adquirem por dinheiro, e não por grandeza e nobreza de alma, podem ser compradas, mas a elas não se poderá recorrer em tempos difíceis. As pessoas têm menos escrúpulos em ofender um homem que se faça amar do que aquele que se faça temer: a razão é que o amor é um vínculo de obrigação que os homens, por serem maus, irão romper a cada oportunidade que lhes pareça servir a seus propósitos; o temor, por sua vez, implica o medo do castigo ao qual não podem nunca fugir ([1513] 1977: 47-8).

A crueldade, a tolerância e a lealdade têm seu lugar, são táticas válidas ou também podem ser facilmente descartadas, dependendo das circunstâncias. O direito não transcende a natureza do homem; é uma mera técnica de governar. As relações sociais são, essencialmente, lutas pelo poder:

> (...) existem dois modos de lutar: um com as leis, outro com a força. O primeiro é um método próprio do homem, o segundo, dos animais. (...) um príncipe deve saber como utilizar esses dois métodos, e ter sempre em mente que um deles sem o outro não produz efeitos duradouros (*Ibid.*: 49-50).

Maquiavel organizou sua rejeição da teologia e da filosofia aristotélica como diretrizes políticas, numa visão da humanidade em que os produtos da atividade humana eram vistos como fenômenos naturais sujeitos às leis da natureza. As leis são buscadas em seus próprios termos, e não através de metodologias subordinadas à religião[2].

1. Maquiavel estava escrevendo em 1513 e até 1512, quando a família Medici recuperou o controle de Florença e pôs fim a sua breve experiência republicana. Maquiavel havia sido uma das principais autoridades da república, cuidando de assuntos internos e das relações com outros Estados.

2. A fundamentação análoga de Maquiavel era uma antropologia desagradavelmente negativa que representava homens e mulheres como seres mergulhados no egoísmo, na fraude e na trapaça, combinada com uma concepção quase sempre secular do governo.

O mundo se move de acordo com as leis do nascimento, crescimento, transformação e morte. Todas as coisas vivas – animais, plantas, seres humanos e Estados de associação política – morrem. As associações bem organizadas podem ter vida mais longa que as desorganizadas, mas a morte é inevitável. Porém, as associações políticas sustentáveis podem desenvolver-se desde que baseadas no conhecimento das leis naturais de associação, crescimento, transformação e declínio, e a instabilidade e impermanência, que constituem a essência da vida, são desse modo parcialmente dominadas. Ainda que se possa confiar em uma certa orientação com base nessas leis, a transformação, o acaso e a boa sorte desempenham, todos, um papel nas relações sociais. O príncipe precisa ter a capacidade (ou *virtu*) da intransigência para ser bem-sucedido. Sem relação com a virtude cristã, a *virtu* é aquela autoconfiança e firmeza de convicções que permite que o príncipe aproveite as oportunidades mesmo quando a contingência inesperada o pega de surpresa; permite que a *fortuna* (i.e., o acaso, a sorte) seja dominada[3].

> A fortuna é mulher e, se quiseres dominá-la, é preciso bater-lhe e contrariá-la. Verás então que ela se deixa mais facilmente conquistar pelo homem ousado e violento do que pelos que agem com mais demora e frieza (*Ibid.*: 114).

A IMAGEM ELISABETANA DO COSMO COMO UMA CADEIA ESTÁVEL DE SER

A maioria dos contemporâneos (e, na verdade, a maioria das personalidades do *establishment* ao longo de vários séculos subseqüentes) ficou chocada com os escritos de Maquiavel. Considerava-se que defendiam uma política do mal: o cardeal Regiald Pole afirmou que o escritor italiano escrevera "com o dedo do demônio"[4]. Ma-

3. O *radicalismo de Maquiavel encontra-se no fato de ele ter, simbolicamente, reduzido Deus à* fortuna *(ou ao acaso)*, que se assemelha a um inimigo a ser conquistado. Como Leo Strauss interpretou sua mensagem (*Thoughts on Machiavelli*, 1958: 218-23), a natureza torna-se mais ou menos equivalente a uma ordem misteriosa à qual só podemos nos referir como *fortuna*. É impossível conquistá-la, mas o homem sábio aprecia seu caráter. Strauss argumenta que Maquiavel "abandonou a compreensão teleológica da natureza e da necessidade natural, substituindo-a pela compreensão alternativa. Refere-se com muita freqüência a "acidentes", mas nunca a "substâncias". Portanto, Maquiavel adverte que, embora o homem moderno deseje colocar o cosmo sob controle humano, a natureza do cosmo é imprevisível; assim, precisamos aprender a viver com "o acaso compreendido como uma necessidade não teleológica que cede espaço à escolha e à prudência e, por este motivo, ao acaso compreendido como causa de acidentes simplesmente imprevisíveis".

4. Os escritos subseqüentes, ainda que não mencionassem Maquiavel, eram em grande parte uma resposta a sua conclusão de que a associação política equivalia à união de pessoas detestáveis em agrupamentos instáveis e essencialmente fragmentários. Os textos gregos clássicos e a tradição cristã de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino haviam conferido à interação humana em associações políticas uma importância quase mística. Ernst Kantorowicz identifica um processo na Idade Média por meio do qual o conceito religioso de *corpus mysticum* fora transferido da Igreja para a idéia de império, e em seguida, em termos gerais, para a de qualquer "corpo político" (1957: 193-272). Esse processo era a obra de legistas profissionais concentrados nas universidades, em suas leituras e comentários do *Digesto* de Justiniano. A associação política requer um mito do ser, e um apelo à crença em alguma coisa transcendente é parte do conceito mesmo de corpo místico. O caráter sobrenatural e místico que o corpo religioso requer foi transferido para as idéias de comunidade política. Os celebrantes desse ritual eram especialistas em direito e em filosofia jurídica que traziam "para a política secular, por assim dizer, um sopro de incensos de outro mundo" (Kantorowicz, 1957: 210).

quiavel desconcertou a imagem estabelecida (oficial) do cosmo; a representação de um universo naturalmente ordenado e organizado em um sistema fixo de hierarquias através do qual a idéia do pecado original do homem e a esperança de sua redenção apareciam como pólos de treva e luz. Talvez o verdadeiro desafio colocado por Maquiavel tenha sido a necessidade de se defrontar com o papel da força e da coerção na política. Se não existe harmonia natural no mundo, que garantias se tem de que o bem irá sobrepujar o mal e de que a ética na política é um procedimento correto? Na verdade, como reconhecer o bem por oposição ao mal? A muitos, porém, o questionamento dos pressupostos de que a harmonia, o equilíbrio e a unidade estão na base do cosmo equivalia a cortejar o caos[5]. Na literatura elisabetana, por exemplo, as palavras sobre "grau" que Shakespeare põe na boca de *Troilo e Créssida* apresentam imagens da grande cadeia do ser* tão familiar a Santo Tomás de Aquino. Todas as entidades do cosmo são interligadas – o Sol, o rei, a família, as colheitas, a primogenitura. O caos é mantido à distância mediante a operação de um poder superior; a religião domina a consciência. A reverência e o deslumbramento diante do mistério do cosmo e dos papéis que nele desempenhamos encontram sua expressão na linguagem institucional fornecida pela religião organizada, ligando a reverência e o temor a uma lei que subjaz à estrutura da ordem[6].

5. A escolha se dá entre aceitar a tese aristotélica da unidade do bem e da indivisibilidade da ética e da política, ou em seguir Maquiavel na clara separação desses domínios e enfatizar o papel central do controle e do modo de lidar com o *conflito* na ordem social. Na verdade, as duas imagens não eram totalmente separadas. Pocock (1973, 1975, 1985) argumenta que o pensamento político moderno abrangia os dois estilos de linguagem política, um dos quais conseguiu impor-se com o decorrer do tempo. A linguagem da virtude foi sobrepujada pela linguagem dos direitos, desenvolveu um paradigma de direito natural e adquiriu expressão em forma de uma filosofia jurídica emergente. Liberdade e autonomia eram expressas pelo termo *libertas*, mas, na nova linguagem dos juristas, *libertas* significava autoridade absoluta, a liberdade de impor seu próprio direito. A autonomia do cidadão consiste, portanto, na liberdade de desempenhar suas atividades sob a proteção do direito; na linguagem republicana, por outro lado, insiste-se na autonomia no sentido de participação no governo do Estado, presa a uma concepção do homem como animal político que só alcança a consumação de sua natureza através de suas atividades na esfera pública. O historiador Quentin Skinner (1978) mostra que tanto a linguagem dos juristas quanto a republicana coexistiam no desenvolvimento da república italiana, mas que a linguagem dos direitos naturais veio a suplantar a da virtude como uma tradição do liberalismo, emergindo com idéias sobre as leis associadas aos direitos e à subjetividade do individualismo, em vez de firmar a linguagem do cidadão virtuoso. Skinner vê Hobbes como figura central na criação de um modo de raciocínio político no qual a autonomia se converte na defesa dos direitos individuais.

* Importante pressuposto do pensamento europeu anterior ao século XIX, segundo o qual todos os seres e coisas, dos inanimados a Deus, existem em uma perfeita relação hierárquica na qual tudo tem seu devido lugar. Esse conceito está na base da filosofia platônica, e sua manifestação mais conhecida no pensamento neoplatônico inglês encontra-se no poema *Essay on Man*, de Alexander Pope. (N. do T.)

6. O jurista protestante Hooker foi um dos primeiros exemplos desse tipo de pensamento. Richard Hooker (1553-1600) foi um teólogo e filósofo social e político inglês. Seu livro *Laws of Ecclesiastical Polity* é

A DIALÉTICA DO MEDO E DO PODER QUANDO A CONCEPÇÃO MEDIEVAL DESESTRUTUROU-SE

A ordem terrena da síntese elisabetana era precária. A 5 de abril de 1588 chegaram notícias de que a Armada espanhola havia partido. O choque fez com que a esposa do vigário bêbado de Westport, em avançado estado de gravidez, entrasse em trabalho de parto. Nasce ali o filho do casal, um novo Thomas Hobbes (1588-1679). Como diria mais tarde esse mesmo Hobbes, "minha querida mãe deu à luz dois gêmeos: a mim e ao medo". Na verdade, o liberalismo filosófico teve por base essa emoção e o desejo hobbesiano de preservar seu domínio terreno contra a expectativa da morte[7]. Hobbes desenvolveu essa perspectiva como se fluísse à maneira de uma corrente intelectual submersa – a perspectiva do direito como uma convenção, e a da sociedade como um artefato – em textos anteriores, conferindo-lhe um novo e poderoso significado. Em meio a uma ordem social que se deparava com o caos da Guerra Civil inglesa, Hobbes escreveu o texto fundamental da filosofia política inglesa, o *Leviatã* (1651), fundando ao mesmo tempo uma filosofia política dominante para a modernidade, o liberalismo político, e uma nova ética social, a defesa dos próprios direitos. O mundo iria tornar-se um lugar para o indivíduo buscar a satisfação de seus desejos, elaborar seus projetos pessoais e sociais e dar-se conta de seu poder. Qualquer que fosse o poder final do cosmo era indiscutível, afirmava Hobbes, que somos responsáveis pela sociedade civil, que podíamos conceber um instrumento político que nos permitisse perseguir nossos objetivos e nossos interesses. A expansão e o progresso eram possíveis, mas só o seriam se pudéssemos, primeiro, criar a estrutura de uma ordem social estável. Seu segredo era o cálculo, o cálculo racional de seres humanos individuais com base em sua experiência da condição humana. Hobbes concordava com Maquiavel quanto à existência de certas regras naturais que devem ser observadas na criação de uma sociedade política bem-sucedida – ou *commonwealth*, como quer Hobbes –, e é mediante a obediência a tais regras, como na geometria, e não através do mero exercício das aptidões práticas de cada um, como no tênis, que o sucesso pode ser alcançado. Até então, contudo, ninguém havia tido curiosidade ou método suficiente para determinar quais eram[8]. Com esse conhecimento, porém, tornava-se possível tomar o controle das organizações sociais e dar-lhes, sucessivamente, as formas que parecessem mais apropriadas[9].

uma aplicação direta do aristotelismo de Santo Tomás de Aquino à sociedade elisabetana. Embora ele tenha avivado a discussão com expressões pitorescas e emoções fortes, estava convencido de que o aristotelismo era o único caminho para o humanismo cristão. Em contraste, o novo direito natural do século XVII (o de Grotius, por exemplo) viria a fundamentar-se em estimativas de interesse pessoal esclarecido. O direito natural perdeu a associação que tinha, através da interligação estrutural, com as regras estabelecidas por Deus. Para Hooker, porém, quando olhamos para o mundo estamos vendo através de olhos que vêem todas as coisas como sinais do lugar que ocupamos na cadeia dos seres. O mundo reflete uma ordem subjacente de coisas que não devemos perturbar, pois se a harmonia da ordem for rompida o resultado será o caos e a destruição. "Pois vemos o mundo todo e cada uma de suas partes de forma tão compacta que, na medida em que cada coisa só desempenhar as funções que lhe são naturais, irá preservar tanto as outras coisas quanto a si própria. Por outro lado, se qualquer das coisas fundamentais, como o Sol, a Lua, as esferas celestes e os elementos, deixarem de funcionar ou mudarem de direção uma única vez, quem não perceberia que a seqüência daí decorrente implicaria a ruína para si própria e para tudo o que dela depende? E será possível que o homem, sendo não apenas a mais nobre das criaturas do mundo, como também um mundo em si mesmo, não provocaria danos e prejuízos se viesse a transgredir a lei de sua natureza?"

7. Hobbes passou a maior parte de sua vida adulta como secretário dos Cavendish, condes de Devonshire. Os estudiosos têm observado como, em sua experiência de vida, Hobbes (assim como John Locke) não privou de relações familiares habituais; Hobbes levou uma vida mais fechada do que dada às afeições. Ainda que tivesse a coragem de escrever sobre idéias impopulares, orgulhava-se de sua capacidade de esquivar-se a qualquer forma de perigos físicos. Além de seu exílio auto-imposto na França enquanto a guerra civil assolava a Inglaterra, Hobbes bebia muito e vomitava para purificar o organismo (apesar de sentir desprezo pela embriaguez), jogava tênis, cantava o mais alto possível para exercitar os pulmões e exorcizar os espíritos, e chegava mesmo a tomar banho regularmente. Na meia-idade, parou de comer carne vermelha e, numa época em que a expectativa de vida não era grande coisa, morreu aos 91 anos de idade.

A RELAÇÃO DE PODER INERENTE À RELIGIÃO NATURAL COMPARADA COM O PODER DO CONHECIMENTO

Maquiavel desagradara a muitos ao dar a impressão de sugerir que a religião tinha um conjunto de funções naturais; que a religião era, em outras palavras, uma ideologia, um modo de pensar que tinha resultados positivos e negativos, efeitos positivos e negativos. Com o tempo, esse "naturalismo" crescente viria a tornar-se a base da sociologia (*à la Comte*), mas na época de Hobbes testemunhamos uma infiltração de concepções naturalistas nas estruturas intelectuais. O naturalismo admite que a experiência religiosa tem algum sentido, mas nega a existência de algo para além da natureza, e portanto não há base alguma para a crença no sobrenatural – tal crença era, de fato, uma condição da mente que tinha um papel a cumprir na manutenção do poder na sociedade. A cristandade tradicional sustentava que, em última instância, Deus era passível de comprovação racional. Deus era o *locus* e o ser de tudo que não podíamos saber, mas podíamos entender como poder: Deus era o artífice primeiro cuja existência devia ser inferida a partir do fato da ordenação do cosmo; a causa primeira, uma vez que nos demos conta de que tudo que existe tem uma causa; o motor primeiro; a fonte da bondade – o lugar do valor ab-

8. "A capacidade de criar e manter os Estados reside na adoção de certas regras, como na aritmética e na geometria, e não (como no tênis) na observância exclusiva da prática; quanto a tais regras, não foram ainda descobertas nem pelos homens pobres, que não têm a curiosidade nem o método para fazê-lo, nem por aqueles que os têm" (*Leviatã*, ed. Tuck 1991, cap. 21: 145; as referências posteriores a esse texto serão assim anotadas: *Leviatã*, capítulo e página da edição Tuck).

9. "Ainda que nada do que é feito pelos mortais possa ser imortal, mesmo assim, se os homens usassem a razão do mesmo modo como fingem usá-la, poderiam garantir que, em virtude de males internos, seus Estados não viessem a perecer. Pois, pela natureza de sua instituição, destinam-se a viver tanto tempo quanto a humanidade, as leis da natureza ou a própria justiça que lhes dá vida. Portanto, quando vêm a ser dissolvidos, não por violência externa, mas por desordem interna, a culpa não é dos homens enquanto *matéria*, mas enquanto seus *criadores* e administradores" (*Leviathan* [Leviatã], 29: 221).

soluto; a totalidade da perfeição; a fonte, na verdade o poder, da criação; o ser mais grandioso do que qualquer coisa em que possamos pensar (a chamada prova ontológica de Santo Anselmo); o objetivo, ou o fim, da ordem criada (a prova de Erigena), e assim por diante. Segundo a perspectiva naturalista, porém, não passa de uma contingência histórica o fato de a contemplação humana desses mistérios – ou dos limites de seu conhecimento – ter se transformado em forma de religiões organizadas, cada qual com credos específicos e "anunciadores da verdade".

O naturalismo aceita uma orientação religiosa como parte da psicologia humana: para Hobbes, a religião tinha por base o reconhecimento da existência de uma causa primeira e um sentimento de assombro e temor reverencial diante do poder de tal causa em gerar o universo. No *Leviatã*, Hobbes chocou seus leitores ao argumentar, aparentemente, que não existe nenhum vínculo inevitável ou lógico entre essa orientação religiosa natural – o sentimento de assombro e temor diante de nossa falta de conhecimento e poder quando confrontados com o absoluto – e o teísmo convencional. Não podemos conhecer a natureza da causa primeira e, quando examinamos diferentes sociedades, nelas encontramos diferentes convenções relativas à expressão de assombro e temor reverencial – em outras palavras, diferentes estruturas institucionalizadas para julgar o sentido dado a nossos sentimentos religiosos naturais. Vemos conjuntos de linguagem teológica cuja verdade, contudo, não vai além de um sentido expressivo: tal linguagem é de natureza puramente emotiva, e nela não há valores de verdade para além daqueles que refletem a posição do(s) falante(s) (ver capítulo 31 do *Leviatã*). As conseqüências dramáticas dessa infiltração naturalista no posicionamento do direito e da organização política podem ser aferidas por meio da verificação da realidade fenomenológica expressa na experiência religiosa.

Vejamos, primeiro, Santo Agostinho a propósito de sua descoberta de Deus como a verdade:

> Verdade Eterna, amor verdadeiro, amada Eternidade – sois tudo isso, meu Deus... Mirei-vos com olhos demasiado frágeis para resistir ao fascínio de vosso esplendor. O brilho de vossa luz sobre mim refulgiu, e vibrei de amor e reverência ao mesmo tempo (*Confissões*, VII, 10).[10]

Deus é o único ser verdadeiro, e tudo o mais pode ser posto em dúvida:

> À distância, ouvi vossa voz que dizia: "Eu sou o Deus que É" (...), e no mesmo instante dissiparam-se todas as minhas dúvidas. Ser-me-ia mais fácil duvidar do fato de estar vivo do que da presença viva da Verdade (*Confissões de Santo Agostinho: A odisséia da alma*, 1969: 1-3).

10. E também "Que luz é essa cujos suaves raios vêm às vezes atravessar meu coração, levando-me a estremecer de temor reverencial, ao mesmo tempo que me aquecem com seu calor? Tremo ao sentir como sou diferente dela: contudo, na medida em que a ela me assemelho, ilumino-me com seu fogo. Trata-se do fogo da Sabedoria" (*Confissões*, XI, 9).

Contudo, vinham-se desenvolvendo duas metodologias que forneceriam o material para Hobbes se opor a essa experiência: o empirismo de Francis Bacon e o racionalismo de René Descartes.

O PAPEL DO PODER E DO CONHECIMENTO NA OBRA DE FRANCIS BACON[11]: O CONHECIMENTO CONFERE PODER, MAS O VERDADEIRO CONHECIMENTO PROVÉM APENAS DO MÉTODO EMPÍRICO

Francis Bacon foi o precursor da tradição empírica inglesa. Estabelecia uma sólida distinção entre o conhecimento inspirado pela revelação divina e o conhecimento que provinha dos sentidos; este último era o único verdadeiramente capaz de melhorar as condições deste mundo. O pensamento independente e especulativo tinha sua importância minimizada em favor da compilação de fatos por meio da observação organizada e sistemática, que resultava na criação de teorias. O antiescolasticismo de Bacon levou-o a rejeitar a lógica silogística tradicional como meio de descoberta empírica. Ao mesmo tempo que herdara de Platão e Aristóteles a idéia de que a mente é contaminada pelo erro e pelas falsas crenças, Bacon sustentava que a fonte do verdadeiro conhecimento era a natureza em si, que não mente. Por esse motivo, a mente precisa ser depurada de todas expectativas, conjeturas e suposições que constituem fontes de erro e impureza. O cientista deve observar o mundo que o cerca a fim de preparar sua mente para interpretações imparciais da natureza. Esta, segundo Bacon, "traz em si a assinatura de Deus, e são estas, as verdadeiras formas das coisas, que constituem o objetivo da filosofia natural, e não as imagens falsas que a mente humana impõe às coisas" (Hesse, 1964: 143). Portanto, Bacon defendia "a total reconstrução das ciências, das artes e de todo o conhecimento humano", substituindo a autoridade da convicção religiosa ou filosófica baseada no estudo dos textos de Aristóteles e Platão, bem como nos da Bíblia – que forneciam ou a autoridade externa da revelação, ou a autoridade interna da razão – pela autoridade dos sentidos. Devemos nos libertar de todas as idéias preconcebidas – os ídolos da caverna, da tribo, da feira livre e do teatro[12] – e nos preocupar única e exclusivamente com os "fatos". Os fatos podem ser desenvolvidos com

11. Nascido em 1561, filho de sir Nicholas Bacon, chanceler-mor e guarda-selos do rei, Bacon foi para Cambridge aos doze anos e, já aos dezesseis, era admitido na *Gray's Inn*.* Tornou-se membro do Parlamento e, mais tarde, da Câmara dos Lordes; depois, passou a procurador-geral e, por último, a presidente da Câmara dos Lordes. Escreveu obras filosóficas de grande interesse e teve uma carreira extremamente bem-sucedida no direito e na política.

12. Os *ídolos da caverna* referem-se às limitações da mente não cultivada, fechada na caverna de seu próprio sistema de costumes e opiniões; o *ídolo da tribo* é a preocupação do homem com as opiniões dos outros; os *ídolos do mercado* remetem às palavras da vida cotidiana às quais o homem tende a conferir significados indevidos; os *ídolos do teatro* são os grandes dogmas sistemáticos de longos tratados filosóficos nos quais estudamos os conceitos criados pelo sistema filosófico, e não pelo mundo real. Precisamos destruir todos os ídolos e proceder a uma reconstrução que tenha por base a segurança dos fatos do mundo, e apenas deste.

* Uma das quatro associações inglesas de formação de advogados (*Gray's Inn, Lincoln's Inn, Inner Temple, Middle Temple*). (N. do T.)

base em "experimentos", e o conhecimento indutivamente criado a partir de observações simples de proposições específicas e de suas séries e ordens. O método de Bacon, contudo, deixava de compreender o papel de uma hipótese e depositava uma ingênua confiança nos "fatos" como unidades estruturais inquestionáveis. Não obstante, retirou a autoridade do escolasticismo enquanto metodologia científica ao argumentar que a única maneira de melhorar as condições do homem no mundo estava na conquista do verdadeiro conhecimento dos processos naturais empíricos.

A ABORDAGEM CONTRASTANTE DE DESCARTES[13]: O TESTE DO CETICISMO E A TAREFA DE ERIGIR UMA ESTRUTURA RACIONALISTA A PARTIR DE VERDADES INCONTESTÁVEIS

Descartes propôs um novo começo e uma nova metodologia para a aquisição do conhecimento seguro; devíamos erigir estruturas de conhecimento sobre as bases daquelas entidades que sobrevivessem ao teste do ceticismo absoluto. O ceticismo cartesiano era intransigente. Não se admitia nem a experiência mística nem nenhuma apreensão do "outro". Na narrativa de Descartes, quando duvidamos de tudo que nos cerca mergulhamos em uma viagem introspectiva em busca daquilo de cuja existência não se pode duvidar, o ponto do absoluto arquimediano, a fonte da certeza, e em última instância chegamos à base de nossa própria consciência: "Penso, logo existo." Tudo o mais pode ser posto em dúvida, a única certeza é minha consciência de minha própria existência. O puro *ego* consciente[14]. Sobre tal base pode-se erigir uma estrutura da certeza racionalista[15].

13. René Descartes, freqüentemente chamado de pai da moderna filosofia, nasceu em Touraine em 1596. Educado numa escola jesuíta, ficou profundamente impressionado com a certeza e a precisão da matemática, ao contrário da imprecisão da filosofia. Como Bacon, Descartes julgava necessário destruir boa parte das idéias correntes e começar tudo de novo. Descartes, porém, não confiava nos sentidos, e tomou a si a tarefa de criar a certeza intelectual a partir das verdades fundamentais de sua própria razão.

14. Descartes procurou obter uma fundamentação segura para a razão independente da tradição, do costume e da imprecisão da experiência. A nova base deveria ser a razão do homem; somente aquelas verdades que ele pudesse conhecer através de suas próprias faculdades. A estrutura era um sistema de pensamento cujos diferentes princípios eram, portanto, verdadeiros e associados de tal modo que a mente pudesse mover-se facilmente de um princípio verdadeiro para o outro. A matemática (com a capacidade da mente de apreender certas verdades básicas, por exemplo que 2 + 2 = 4), a intuição (uma concepção intelectual de clareza tal que nenhuma dúvida se torna possível) e a dedução (o processo de raciocinar, por inferência necessária, a partir de fatos conhecidos com certeza) fornecia a metodologia. O ponto fundamental – o ponto que era irredutível depois de se duvidar de todas as coisas – era o *cogito ergo sum*, "penso, logo existo". Com base nisso deduzimos que outras idéias que também podemos conceber com clareza e nitidez são também verdadeiras. Mas que garantias temos de que essas idéias são, de fato, verdadeiras? Em última análise, Descartes tem de introduzir Deus como a garantia conclusiva. Esta, porém, é uma crença defensiva, ainda que racional, requerida pela necessidade de pôr algum fim a uma regressão infinita na busca de uma garantia definitiva; de outro modo, não haveria nenhuma fundamentação, nenhum início para a razão.

15. Observe-se também outra conseqüência da metodologia cartesiana: o fato de ser anti-histórica. A procura da certeza absoluta não é conduzida através de uma análise histórica da ascensão e queda de formas de pensamento e crenças substantivas, mas através de uma análise do sujeito abstraído, comprometido com padrões de auto-afirmação racional. São essas as origens de uma consciência especificamente moderna E de um método analítico abstrato. O pensamento racional pode satisfazer-se com uma metodologia histórica analítica, e não histórica. O presente texto afirma, em contraste com boa parte da filosofia e da teoria jurídica modernas, que toda análise tem lugar no interior de uma síntese anterior, e que só pode ser plenamente compreendida como um desenvolvimento que se dá a partir desta. Todo pensamento é contextual.

O PODER QUE ESSAS ESTRUTURAS CONFEREM AO AGENTE HUMANO CONTRASTAVA AGUDAMENTE COM A IDÉIA DE DEPENDÊNCIA INERENTE À EXPERIÊNCIA MÍSTICA DO SAGRADO

A experiência religiosa, ao contrário, tem por base a presença de algo que é mais real do que eu mesmo e o mundo de minha experiência imediata. Eu, portanto, torno-me relativo. O outro, Deus, é a coisa em relação à qual tudo o mais é relativo. Qual é o efeito disso sobre nosso objetivo ou fim humano, nosso *télos*? Na consciência sagrada, o eu é o *ens realissimus*: o eu torna-se o seu próprio fim. O mundo tem interesse não na medida em que possa nos revelar o desígnio de Deus para conosco, mas na medida em que possamos identificar as oportunidades de auto-elevação. A consciência profana vê a si própria como o centro, o foco da verdade, do ser; exatamente o que a modalidade de consciência religiosa não se acredita ser.

A nação-Estado é um fenômeno especificamente moderno. É uma organização social criada pelo homem que toma a seu cargo os interesses de uma determinada área geográfica e se organiza sobre bases que escolhe racionalmente. Para a nação-Estado resultar da consciência da cristandade, desenvolver-se para além de tudo que as cidades-Estado gregas podiam conceber, é preciso abandonar esse sentido do nada humano diante do ser de Deus, diante do sagrado. Como se descreve no Livro de Isaías:

> Eis que, para ele, as nações não são mais que as gotas de um balde,
> não mais que a umidade das balanças;
> costas e ilhas pesam tanto quanto um grão de pó.
> (...)
> Todas as nações se reduzem a nada perante ele,
> que as vê como menos que nada, como mera insignificância (*Bíblia*: Is 40, 15.17).

E os israelitas, aos quais se prometeu o *status* de nação, de um futuro destinado à grandeza, foram também lembrados de sua dependência... do fato, da realidade inconteste de que eram como nada diante de um poder que se erguia sobre todos. Que a todos criara...

> Eu sou o Senhor, vosso Santo,
> o criador de Israel, vosso Rei.
> (...)

Eu, eu sou o que
apaga tuas transgressões por amor a mim,
e que não irá lembrar-se dos teus pecados.
(...)
Lembra-te destas coisas, ó Jacó,
e Israel, pois és meu servo;
dei-te forma, és meu servo;
ó Israel, não me esquecerei de ti.
desfiz tuas transgressões como uma nuvem,
e teus pecados como a névoa;
volta para mim, pois já te redimi (Is 43, 15.25; 21.22).

Como deve o homem dirigir-se a Deus? A linguagem de Abraão, quando pede permissão para orar pela corrompida Sodoma, será apropriada?: "Atrever-me-ei a falar ao Senhor, ainda que eu seja pó e cinza?" E Jó[16], que de tão maltratado atreveu-se a questionar as razões e o poder divinos?[17] Jó era um bom homem que andava à procura de Deus, mas que ainda assim foi por ele perseguido e injuriado. É evidente que Deus recompensa a bondade e castiga a maldade; por que então foi Jó, a despeito de sua bondade, submetido a tormentos horríveis e reiterados? Jó, que havia visto os maus prosperarem e os virtuosos fracassarem, começou a questionar a preocupação de Deus e ousou perguntar "por que?" Finalmente, Deus rompeu seu silêncio divino e, irônico porém colérico, negou a Jó qualquer direito a questionar o modo como exercia seu poder. Hobbes leu a passagem com renovado interesse, percebendo que ali havia uma mensagem vital:

> E quão amargamente Jó discutiu com Deus, queixando-se por sofrer tantas calamidades quando era um homem justo! E o próprio Deus, por sua própria voz, resolveu essa dificuldade no caso de Jó e confirmou seu direito com argumentos que foi buscar não no pecado de Jó, mas em seu próprio poder (*The Citizen* [Do cidadão], cap. 15: 293).

Deus pode exigir obediência e punir o erro em nome de seu poder, e não porque o erro preexiste a seu poder; seu direito não foi buscado "no pecado de Jó, mas em seu próprio poder". Não podemos resolver o problema de definir o mal, de traçar a linha divisória entre o legal e o ilegal, o crime e o bem, a normalidade e o desvio da norma, por meio da discussão intelectual ou da revelação da estrutura natural do mundo. Da mesma forma, não podemos plasmar nosso destino por seguirmos os ditames de nossa ontologia; pois nossa ontologia não pode revelar uma ontologia que nos fale de nosso *télos*. Nossas palavras nada mais são que artefatos humanos, e então o mesmo se pode dizer de nossos processos demarcatórios. Estaremos condenados ao anarquismo epistemológico? Hobbes resolveu as divergências sobre a natureza do ser por meio do apelo a um Deus misterioso e onipotente cujo poder e cujos fins encontram-se simplesmente além de nossa limitada capacidade de entendimento. Deus finalmente pergunta a Jó: "Onde estavas quando eu criei a terra?", e Jó se vê reduzido a um estado de patética dependência:

16. O nome hebraico Jó significa, equivocadamente, "o odiado, o perseguido", e "onde está o pai divino?".

17. A importância de Jó para o pensamento de Hobbes pode ser percebida no fato de que dois de seus próprios textos receberam títulos com base em monstros neles introduzidos: *Leviatã*, o poderoso senhor do mar que "contempla tudo que é elevado" e "reina sobre todos os filhos do orgulho", e Behemoth, o monstro terrestre.

Nu saí do ventre de minha mãe,
e nu voltarei para lá.
O Senhor dá e o Senhor toma;
abençoado seja o nome do Senhor.

Hobbes compreendeu que Deus está na base da obediência porque "seu direito de dominar e punir aqueles que infringem suas leis provém do fato de ser irresistível o seu poder".

Qual era a lição? Deus, o misterioso criador do mundo, é senhor do mundo que criou. Onde estávamos quando Ele o criou? Poderia algum de nós realizar tal proeza? Por comparação, somos semelhantes ao nada. O poder de Deus é irresistível porque (i) com razão, tememos um ser tão superior a nós que criou o mundo inteiro, (ii) se não podemos entender o desígnio de todas as coisas criadas por Deus, ou cada injunção por ele estabelecida para lidar com as exigências da vida comum entre seres finitos e orgulhosos, devemos, não obstante, acreditar que existe um propósito nas regras estabelecidas por um ser tão poderoso, (iii) se ele terminará por impor sua vontade a toda e qualquer ocorrência, o melhor a fazer é seguir sua palavra desde o início, e (iv) é natural que vivamos em estado de temor reverencial diante de tal mistério e que o dotemos de qualidades benignas para diminuir nosso temor.

Contudo, e se o poder transcende todas as qualidades, não é nem moral nem amoral, nem generoso nem cruel? E se... o poder simplesmente é?

Portanto, a lição a ser extraída da experiência de Jó era simples: poder em estado puro. Era o poder divino que determinava os processos do cosmo, que determinava a verdade. E se o poder divino, porém, fosse simplesmente o funcionamento da natureza? Uma vez mais, e se o poder divino (o positivo, a luz, a verdade) fosse o contrário de nossa falta de poder (a ausência, as trevas, a ignorância)?[18]

Hobbes, aquele homem temeroso, vê-se subitamente destemido... Dará a seu texto fundamental o título de *Leviatã*. Ao compreender a posição de Jó, Hobbes deu uma resposta a Deus: podemos fazer um acordo.

18. Como afirma o Zaratustra de Nietzsche: "Permiti, porém, que eu vos revele todo o meu coração, meus amigos: se houvesse deuses, como poderia eu suportar não ser um deus! Portanto, não existem deuses" (1954: 198).

HOBBES CONCEBE UM ACORDO COM DEUS POR MEIO DO QUAL O COSMO SE DIVIDE NOS DOMÍNIOS DE UM SOBERANO TERRENO E UM SOBERANO ECLESIÁSTICO

Hobbes se dá conta de que a essência que subjaz à relação do homem com a religião é o *mana*, ou *medo do poder*[19]. O poder do desconhecido, o poder do misterioso, o poder... o mero poder incognoscível que reduz tudo o mais a um ser insignificante. Criamos religiões oficiais com suas doutrinas elaboradas e cadeias de autoridade – e seu direito de conferir autoridade às distinções do mundo terreno – em razão do medo desse poder. Pelo temor reverencial diante do mistério do ser. Só podemos nos tornar modernos se nos apropriarmos do poder que dá origem a esse temor, se o transformarmos em um poder dentro de nós mesmos.

Quem pode organizar esse *mana* na sociedade civil? Todos nós não, uma vez que só iríamos nos contradizer e provocar o caos. Precisamos ser representados por alguém que tome decisões. O *Soberano* é a figura-chave para decidir de que modo esse temor reverencial deve ser expresso, razão pela qual toda religião é, em princípio, "civil". O mistério subjacente às experiências religiosas naturais exige compreensão; para criar o conhecimento necessário à compreensão precisamos da imaginação epistemológica, e os produtos dessa metodologia epistemológica incluem a ordem social. Enquanto Hobbes reserva sua plena enunciação epistemológica para o *Leviatã*,[20] em *Do cidadão* ele se fixou no papel institucional da fé, afirmando que, se alguém tivesse fé nos princípios do cristianismo, aceitaria o caráter especial das mensagens transmitidas a partir de Cristo, por meio da sucessão apostólica e do sacerdócio oficial. Mesmo o soberano deve "interpretar as Escrituras Sagradas através de clérigos devidamente ordenados" (XVII, 28). O homem, porém, tem poder no mundo. A harmonia da cristandade medieval é, ao mesmo tempo, uma estrutura burocrática que se tornou possível graças à capacidade de interpretação do clero organizado, e um arrebatamento em que o mundo é um texto no qual os sinais divinos acham-se inscritos. Seguindo Bacon[21], Hobbes transfere a luz da verdade revelada para a investigação empírica da condição natural. Contudo, a idéia de orientação e segurança metodológica não é abandonada. Hobbes encontra metáforas de Parmênides e Platão, nas quais a verdade oferece "luz" e dá confiança para se agir, reafirmadas em textos bíblicos[22]. Ao transferir a fonte de luz da revelação divina para a razão e a natureza, Hobbes tenta manter a autoridade de uma única fonte ao mesmo tempo que muda o domínio. Não mais precisamos deixar a caverna, uma vez que agora somos capazes de indagar as sombras e as formas, as ilusões e os processos das formas dessa vida. E a fonte principal das formas e imagens deste mundo é a linguagem.

Hobbes é um nominalista[23]. As palavras não têm uma essência pura ou uma coerência natural com certas entidades do mundo. Ao contrário, é um instrumento, e suas criações, suas estruturas de significado, são artefatos humanos. Hobbes é claro: o mundo moral é produto de artifício ou criação humana. A linguagem torna possível o desenvolvimento de uma cultura complexa. Mas como se pode evitar uma mistura desorganizada, confusa e caótica de signos e significações, um tartamudeio de discursos e significados, uma verdadeira guerra civil? A linguagem revela-se como um instrumento progressivo, permitindo-nos a criação de definições e artefatos sociais – razão pela qual o Soberano pode definir à vontade as regras comuns, o direito positivo[24] –, mas também pode abrir-se à análise reflexiva que diz que, como

19. Max Müller foi o primeiro a empregar o termo *mana* na cultura européia, referindo-se a um conceito na base de boa parte da vida melanésia e polinésia. Müller cita uma carta do missionário R. H. Codrington: "No que diz respeito à crença, a religião dos melanésios consiste na convicção de que existe um poder sobrenatural que decorre do fato de se ter ligações com a região do invisível; e, no que diz respeito à prática, a questão remete ao uso dos meios para se obter esse poder em benefício próprio. A idéia de um Ser Supremo lhes é totalmente desconhecida, ou mesmo de qualquer ser que ocupe uma posição muito elevada em seu mundo... Existe a crença numa força totalmente distinta do poder físico, que atua de todas as maneiras possíveis para o bem e para o mal – uma força que é extremamente vantajoso possuir ou controlar. Trata-se do *mana*... É um poder ou uma influência de natureza não física e, de certo modo, sobrenatural. Contudo, revela-se em forma de força física, ou de qualquer poder ou superioridade que um homem possa ter. Esse *mana* não se fixa em nada, e pode estar contido em praticamente tudo, mas os espíritos, tanto as almas desincorporadas quanto os seres sobrenaturais, possuem-no e podem compartilhá-lo. Fazê-lo manifestar-se compete essencialmente aos seres humanos, ainda que o *mana* possa atuar por meio da água, de uma pedra ou de um osso. Toda a religião melanésia consiste, de fato, na tentativa de se obter esse *mana* ou de usá-lo em benefício próprio – toda a religião, no caso, refere-se a todas as práticas religiosas, de preces a sacrifícios" (R. H. Codrington, *The Melanesians: Studies in Their Anthropology and Folk-Lore* (Oxford, 1891: 118-9)).

20. Tuck (1991: xvii) considerava que a questão central, para Hobbes, não era o fato de que em um certo estado de natureza nossas carências e necessidades entravam necessariamente em conflito. Ao contrário, "o problema que afligia Hobbes, e praticamente só a ele entre os outros teóricos de seu tempo, era que mesmo levando-se em conta a tendência do homem à autoproteção, o que em princípio tornaria pacíficas as suas relações, sua independência de julgamento sobre o mundo terminaria por colocá-los em conflito. Desse modo, a solução proposta por Hobbes consistia em eliminar o julgamento independente sobre a maioria das questões passíveis de discussão. O homem natural, argumentava ele, perceberia a necessidade, para todos, da transferência do julgamento individual a um tomador de decisões comum, sempre que os casos se mostrassem de difícil solução. E esse tomador de decisões teria a palavra final quanto ao que implicaria ou não uma ameaça...

Portanto, o poder do soberano hobbesiano era sobretudo um poder epistêmico, qual seja o de determinar o significado das palavras na linguagem pública e induzir seus súditos à aceitação do que ele considerasse "bom" e "mau".

21. Quando jovem, Hobbes trabalhou por algum tempo escrevendo o que Bacon lhe ditava. Para Bacon, a garantia de que os frutos de suas metodologias de observação viessem a ser aceitas como "fatos" verdadeiros estava no fato de que Deus havia inscrito sua vontade no processo natural do mundo, e que, desse modo, não nos enganaria. A ciência moderna posterior, inclusive o empirismo, não tem a mesma confiança.

22. Hobbes cita frases como "a lei do Senhor é pura, e ilumina os olhos"; "tua palavra é uma lâmpada para meus caminhos"; refere-se a Cristo como "a verdadeira luz que ilumina todo homem que vem ao mundo" (*Do cidadão*, cap. 4).

23. "(...) os nomes foram inventados pelo homem" (Hobbes, *De Homine* 1991: 38).

24. "Nós mesmos criamos os princípios – isto é, as causas da justiça (a saber, as leis e os pactos) – por meio dos quais se conhece o que é a justiça ou a eqüidade, bem como os seus contrários, a injustiça e a iniqüidade. Pois antes que os pactos e as leis fossem criados, nem a justiça nem a injustiça, nem o bem nem o mal públicos eram naturais entre os homens" (Hobbes, *De Homine*, 1991: 42-3).

todo significado é criação humana, é na verdade "carente de sentido". A compreensão da natureza da linguagem e de suas criações (os textos, por exemplo) dá-nos a esperança de progresso no sentido de podermos dar forma aos textos e utilizá-los como base para a construção de uma nova ordem. Trata-se, porém, de uma base para a ordenação que é passível de autodestruição, de autodesconstrução; os textos não são entidades estáveis dotadas de significados fixos, mas sim fenômenos abertos a todo tipo de interpretação. Além disso, o que impediria as tentativas, por parte de súditos insatisfeitos, de apelar a uma instância além do soberano, a um poder mais alto, na esperança de que isso pudesse assegurar o significado verdadeiro, ou apropriado, de palavras como "direito" ou "justiça"? Hobbes estava na corda bamba: para manter seu equilíbrio, precisava superar tendências anarquistas no nominalismo e no protestantismo sem cair na rede do aristotelismo, do escolasticismo ou do "papismo". Se os significados dados às palavras são artefatos humanos fixados por definição, nosso próprio conhecimento é então preso à linguagem e não atinge a essência do mundo; é criado por seres humanos e reside em diferentes teorias que atendem às exigências da lógica e da estrita definição. O conhecimento das regras morais, assim como o conhecimento da matemática, é conseqüência de estipulações prévias:

> Que cinco será o nome de tantas unidades quantas estão contidas em dois e três somados (...) essa concordância será chamada conhecimento (...). Da mesma maneira, se nos lembrarmos do que é chamado roubo, e do que é chamado injustiça, entenderemos pelas próprias palavras se é ou não verdade que o roubo é uma injustiça (*Do cidadão*, 1991: 373-4).

Qualquer que seja o poder racional que usemos, não podemos penetrar o mistério de Deus:

> Assim, nenhuma forma deve ser atribuída a Deus, pois toda forma é finita; tampouco se deve dizer que ele é concebido ou compreendido pela imaginação, ou por qualquer outra faculdade de nossa alma, uma vez que tudo o que concebemos é finito. Pois, quando dizemos que uma coisa é infinita, na verdade nossas palavras não refletem nada além da impotência de nossa própria mente (*ibid.*: 298-9).

E como pode o homem saber o que é natural? Hobbes prossegue:

> Natural é aquilo que Deus declarou a todos os homens, através de sua palavra eterna, ser nascido com eles, a saber, sua razão natural (*ibid.*).

Isso, contudo, pode ser levado mais além. Se não podemos ter nenhum conhecimento de Deus, se tudo que falamos sobre ele é empiricamente sem sentido, então não pode haver modo algum de criarmos uma base sólida, uma legitimação, para estabelecermos as distinções que a sociedade civil requer. O direito positivo

seria meramente arbitrário. Como poderia, então, impor respeito? Por definição, uma ordem deve proceder de uma fonte autorizada para emiti-la, uma vez que de outra forma não será uma ordem, mas tão-somente um pedido. Precisamos da religião, e a tarefa consiste em reposicionar sua esfera de atuação em vez de destruí-la por completo. A religião oferece uma forma de segurança. Através da palavra de Deus do modo como se revela nas Escrituras, e através da razão natural, adquirimos algum conhecimento.

> Também se pode perguntar como é possível saber que coisas foram ordenadas por Deus. A tal pergunta se pode responder: o próprio Deus, pois ele fez os homens racionais, prescreveu e inscreveu em todos os corações a seguinte lei: ninguém fará a seu semelhante aquilo que considere injusto que um outro lhe faça (*On Man* [Do homem], 1991: 73).

O homem pode usar sua razão para assumir o controle das condições da vida humana. Deve dividir sua atenção entre dois mundos, representados pela vida comum da caverna e pelo transcendental. Este último é o mundo de Deus, o "outro" aspecto da existência; quanto à vida na caverna, a nossa realidade, cabe a nós compreendê-la e construir uma ordem social em seus domínios. Como a fé não pode ser analisada com neutralidade, que permaneça como é; as organizações sociais, por outro lado, podem ser analisadas com isenção. Construamos, pois, a ordem social sobre a razão natural.

NO *LEVIATÃ*, HOBBES PROPÕE QUE O PODER CONFERE CONHECIMENTO E QUE O SEGREDO DA ORDEM SOCIAL CONSISTE EM CONTROLAR A INTERPRETAÇÃO DO CORPO SOCIAL

No *Leviatã*, Hobbes abandona alguns aspectos do acordo que desenvolvera tão criteriosamente em *Elementos da lei* e *Do cidadão*. Enquanto a fé tem um papel a desempenhar em sua obra anterior, em que ele defende a função das autoridades da Igreja em determinar de que modo os impulsos da religião natural devem ser entendidos e institucionalizados na sociedade, no *Leviatã* é o soberano quem tem o poder de determinar a natureza da crença religiosa na sociedade. O avanço crucial é a clareza com que agora vemos que o poder é o objeto da religião natural[25].

25. Isso fica ainda mais evidente em *De Homine*, escrito em 1658 (sete anos depois do *Leviatã*). Nesse livro, conquanto ainda conservemos uma fé pública, tendo, portanto, uma base para o cosmo, é a lei que garante a religião, e não esta que garante aquela. Hobbes deixa claro que, se a religião fosse unicamente uma questão particular das pessoas, reinaria a anarquia epistemológica. Portanto, "Se a religião (...) não depende das pessoas em particular (...), deve depender das leis do Estado. E assim, a religião não deve ser filosofia, mas sim, em todos os Estados, lei; e, nesse caso, não deve ser questionada, mas observada". As controvérsias precisam ser controladas, pois, se fôssemos procurar a resposta no conhecimento científico, "ao nos voltarmos para o conhecimento científico das coisas que não pertencem à ciência, estamos destruindo a fé em Deus, assim como a fé que possamos ter em qualquer um de nós" (*De Homine*, 1991: 72-3).

Hobbes inicia o *Leviatã* com uma descrição das bases da religião natural. De início, sua discussão parece uma interpretação mundana das faculdades humanas. O capítulo 1 aborda a sensação, e desta passa para a imaginação – as credenciais do empirismo estão lançadas, mas o que está em jogo é bem mais alto. O objetivo de Hobbes é a experiência do sagrado, do santo; aquele modo de apreensão que evoca a consciência da criatura, ou da deficiência ontológica diante da experiência do temor e do fascínio existentes no mistério. O sagrado é um mistério; não se trata de um enigma a ser resolvido, mas de uma experiência do outro mundo, de uma coisa tão distante do comum que só pode ser um sinal do outro inexpugnável[26]. Os princípios da religião organizada travam um embate com esse mistério e nos contam suas "verdades", mas Hobbes é mordaz. Em vez de tratar-se da experiência de transcender o mundo terreno dos sentidos, e de chegar à verdade genuína a partir do normal, a experiência é simplesmente o resultado do esquecimento da diferença entre estar desperto e sonhando:

> Dessa ignorância em distinguir os sonhos, e outras fantasias fortes, da visão e da sensação, surgiu, no passado, a maior parte das religiões dos gentios, que adoravam sátiros, faunos, ninfas e congêneres; e, em nossos dias, a opinião que as pessoas simples têm de fadas, fantasmas e gnomos, bem como do poder das feiticeiras. No que diz respeito às feiticeiras, não acredito que possuam algum poder verdadeiro, mas considero que elas são justamente punidas pelas falsas crenças que têm de praticar o mal, além de seu objetivo de praticá-lo sempre que possível; sua atividade assemelha-se mais a uma nova religião do que a uma arte ou ciência. Quanto às fadas e fantasmas errantes, acredito que o pensamento que as criou foi proposital, manifesto ou não refutado, com o objetivo de manter o uso dos exorcismos, das cruzes, da água benta e de outras invenções de pessoas religiosas. Não obstante, é inquestionável que somente Deus pode provocar aparições não naturais, e não é intrínseco à fé cristã que ele as provoque tão freqüentemente que os homens devam temê-las mais do que temem a permanência ou a alteração do curso da natureza (*Leviatã*, 2: 18).

Ao desnudar e criticar crenças anteriormente intocáveis, o *Leviatã* se propõe a apresentar uma interpretação verdadeira e definitiva da vida política. Nessa obra, Hobbes descobre a verdade moderna crucial de que nenhuma ordem essencial liga os homens da origem ao fim de todas as coisas. Para Hobbes, a prova dessa verdade está na evidência do progresso em si:

26. Por outro lado, ao discutir a religião (*Leviatã*, cap. 12), Hobbes afirmará que: "Observando que não existem sinais ou frutos da religião a não ser no homem, não há razão para duvidar de que a semente da religião encontra-se exclusivamente nele (...)." A saber, (i) "investigar as causas dos acontecimentos"; (ii) pensar que deve existir alguma causa que dá origem às coisas; (iii) a faculdade da imaginação leva o homem a criar imagens e entidades que extrapolam aquilo que ele pode, sensatamente, compreender. O homem sofre de "ansiedade" e "medo eterno" nas instâncias em que ignora as causas. Percebe a "escuridão" e inventa coisas que lhe possam trazer luz; cria "objetos" que não são passíveis de comprovação.

> O tempo e o trabalho produzem, dia após dia, um novo conhecimento. E, assim como a arte de bem construir deriva de princípios racionais observados pelos homens diligentes que, por muito tempo, estudaram a natureza dos materiais e os diversos efeitos de figura e proporção, muito tempo depois de a humanidade ter começado (ainda que mediocremente) a construir, muito depois de os homens terem começado a criar Estados, imperfeitos e propensos à desordem, é possível encontrar, por meio de uma engenhosa meditação, princípios racionais que tornem sua constituição duradoura (a não ser em caso de violência externa). E são dessa natureza aqueles que venho expondo ao longo do presente discurso (*Leviatã*, 30: 232).

Hobbes cria sua concepção de mundo peça por peça. A análise da linguagem no capítulo 4 nos adverte a não nos perdermos em uma falsa discussão centrada exclusivamente nas formas da linguagem; nossa preocupação deve voltar-se para o mundo, e não para os modos de representá-lo. "Nada havendo no mundo universal além de nomes" (*Leviatã*, 4: 26), precisamos encontrar definições precisas e consensuais, e criar estruturas que lhes dêem força e permanência. Acima de tudo, é a nós mesmos que precisamos compreender[27]. Quando definimos as ações como boas ou más, o que está em operação é um procedimento humano, uma questão de nossa sociabilidade, e não nosso movimento no sentido de satisfazer uma ordenação natural do cosmo.

> Contudo, seja qual for o objeto do apetite ou do desejo do homem, tal objeto é aquele a que todos chamam de bom, e de mau ao objeto de seu ódio e aversão, e de vil e indigno ao objeto de seu desprezo. Pois essas palavras, "bom", "mau" e "desprezível", são sempre empregadas em relação à pessoa que as usa; não há nada que assim o seja simples e absolutamente, nem qualquer regra comum do bem e do mal que se possa inferir da natureza dos próprios objetos (*Leviatã*, 6: 39).

Como vamos entender nosso lugar no cosmo? O que nos diz a história? Hobbes nos exorta a rejeitar todas as formas tradicionais de direito natural; substituímos as idéias tradicionais de um *summum bonum*, ou *télos*, em favor de nossa própria auto-afirmação e criatividade: "Não existe o *finis ultimus* (fim último) nem o *summum bonum* (bem supremo) que são mencionados nos livros dos antigos filósofos morais" (*Leviatã*, 11: 70). Movimento e processo, em vez de essência, estão na base da natureza. As paixões humanas, por exemplo, são fontes de movimentos voluntários. Existem dois tipos de paixões: o apetite ou desejo (amor) em contraste

27. Hobbes deixa claro, em sua discussão das "virtudes chamadas de intelectuais, e de seus defeitos", que o homem mistura discursos que não remetem a nenhuma entidade real, mas apenas à criação dos textos. Isso pode ser feito por ignorância, ou pela intenção consciente de enganar. O resultado é o poder sobre os demais. Um exemplo é a tradição escolástica, com suas doutrinas que somente os iniciados são capazes de interpretar, como a transubstanciação. "Quando os homens escrevem volumes inteiros sobre essas coisas, não estarão loucos ou interessados em enlouquecer os outros?" (*Leviatã*, 8: 59).

com a aversão (ódio). A deliberação controla nossos apetites e aversões naturais ao nos alertar para as boas ou más conseqüências, ou seqüelas, de nossos atos. Temos um critério natural de felicidade.

> O sucesso contínuo na obtenção das coisas que os homens às vezes desejam, isto é, a prosperidade ininterrupta, é aquilo que os homens chamam de felicidade.

Hobbes nos diz que estamos condenados a um desejo inexorável:

> Pois não existe nenhuma eterna tranqüilidade de espírito enquanto vivemos aqui, uma vez que a própria vida não passa de movimento e não pode ver-se livre do desejo (*Leviatã*, 6: 46).

O sucesso, porém, é a conquista do "poder"; "O verdadeiro sucesso é poder (...), o que leva os homens a temerem ou confiarem naquele que o obtém" (*Leviatã*, 10: 63). Todos os homens compartilham um incansável desejo de poder: "um desejo eterno e incansável de poder e mais poder, que só termina com a morte". O processo não tem fim; a obtenção de bens terrenos não nos satisfaz, uma vez que eles são os meios para o poder. A conquista de um nível de poder põe em movimento o desejo de mais poder. Trata-se, em parte, de uma medida defensiva, no sentido de que o homem precisa de um poder maior para assegurar o desfrute dos bens que seu poder passado lhe granjeou. É assim que os reis precisam, em seus países, criar leis que os tranqüilizem quanto à solidez de seu poder e, no estrangeiro, lançar-se em guerras que protejam e aumentem seu poder (capítulo 11). Os poderosos usam a religião para criar imagens de "leis" às quais acrescentam narrativas imaginárias do futuro do mundo e do destino pessoal, uma vez que "consideram-se os melhores para governar os outros e revertem, em benefício próprio, o uso máximo de seus poderes" (capítulo 12). Para reverter essa história, precisamos de um novo começo; um começo que tenha por base os fundamentos da "condição natural da humanidade".

O DIREITO NATURAL SECULAR DE HOBBES, OU "AS REGRAS NATURAIS DA CONDIÇÃO HUMANA"[28]

A natureza (i) fez os homens mais ou menos iguais nas "faculdades de corpo e mente"; as diferenças entre eles não são tão grandes que alguém possa alegar uma vantagem natural: "o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte (...)";

28. A construção analítica de Hobbes de uma imagem do homem na "mera natureza" fornecerá as bases para o pensamento liberal através de Locke e do contraste estabelecido por Austin entre "associação natural" e "associação política", e receberá sua formulação moderna com Hart, em sua formulação das condições mínimas do direito natural (*Concept of Law*, 1961: ver capítulo 13 do presente texto).

(ii) os homens são iguais em sua "esperança na obtenção de nossos fins". Os homens desejam as mesmas coisas, mas há (iii) uma relativa escassez de bens. Portanto, (iv) da igualdade das aptidões e desejos do homem surge a diferença, isto é, a competição, a guerra civil e a busca de glória. Os homens recorrem à violência e ao embuste, à fraude e à trapaça para satisfazer seus desejos e necessidades. Hobbes apresenta uma eloqüente imagem do estado natural:

> Torna-se portanto manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum que os mantenha a todos em estado de temor reverencial, eles se encontram naquela condição à qual se dá o nome de guerra; e essa guerra, que é de todos os homens contra todos os homens (...), a natureza da guerra não consiste em luta real, mas na conhecida disposição para tal fim, durante todo o tempo em que não se tem conhecimento de garantias de que a paz irá prevalecer. Todo o tempo que resta é de paz (*Leviatã*, 13: 88).

No estado natural, o próprio fato da igualdade relativa da humanidade, situada em um mundo de escassos recursos, resulta em tensão contínua, uma guerra de todos contra todos – uma situação que deve ser reprimida, pois

> Em tal condição, não há lugar para o trabalho, uma vez que seus frutos são incertos; e, conseqüentemente, não haverá cultivo da terra, nem navegação, nem o uso de produtos que podem ser importados por via marítima. Tampouco haverá boas construções, nem instrumentos para mover e remover as coisas que requerem muita força, nem conhecimento da face da terra, nem cálculo do tempo, nem artes, nem letras. Não haverá sociedade e, o que é pior, reinará um medo constante e perigo de morte violenta; e a vida do homem será solitária, pobre, sórdida, embrutecida e breve (*Leviatã*, 13: 89).

Hobbes argumenta que a situação em que viviam os índios americanos oferece exemplos daquilo com que nos parecíamos no passado. A criação de governos nos tira dessa condição natural, o que resulta em civilização e impede nossa queda no caos[29]. Não é que já nasçamos em pecado, pois sem o poder de um soberano e de um Deus que definam o pecado, a natureza desconhece tal coisa:

29. Compare-se com a imagem do escritor inglês Locke. Em *Two Treatises of Government* (1690) e em seus diversos ensaios e cartas (escritos entre 1667 e 1692), o homem é visto como se vivesse num estado de natureza no qual ainda detém a plena posse de certos direitos naturais básicos (tem, por exemplo, o direito natural de possuir todos os frutos da terra que encontrar), e o pacto com o governo é necessário para assegurar esses direitos. Portanto, o pacto com o governo reforça os direitos de propriedade naturalmente existentes e protege os direitos de "vida, liberdade e posses". O governo é necessário para impedir nossa queda no caos, uma vez que "a depravação da humanidade é tal que ela prefere a injustiça de apossar-se do fruto do trabalho alheio a esforçar-se por prover seu próprio sustento". Tendo em vista essa tendência natural, é necessário elaborar leis que protejam a propriedade e estimulem a criação da propriedade. "A necessidade de preservar o ser humano da posse daquilo que adquiriu com o trabalho honesto, e também de preservar sua liberdade e sua força, graças às quais pode adquirir o que mais desejar ter, obriga os homens a travar relações

> Os desejos e outras paixões do homem não constituem, em si mesmos, pecado. Tampouco o configuram as ações que decorrem dessas paixões, até que se deparem com uma lei que as proíba, o que não pode ser feito enquanto não forem criadas as leis; e nenhuma lei poderá ser criada antes de se chegar a um consenso quanto à pessoa que irá criá-la (*Leviatã*, 13: 89).

Trata-se de uma afirmação radical: antes do poder de governar não havia justiça, nenhum modo de diferenciar o certo do errado, o mal do bem. No estado natural,

> (...) nada pode ser injusto. As noções de certo e errado, de justiça e injustiça, não têm aí lugar algum. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não pode haver injustiça. Na guerra, a força e a fraude são as duas virtudes cardeais. A justiça e a injustiça não são inerentes às faculdades do corpo ou da mente. Se o fossem, poderiam coexistir em um homem que estivesse sozinho no mundo, assim como seus sentidos e suas paixões. São qualidades que dizem respeito ao homem em sociedade, não em solidão (*Leviatã*, 13: 90).

Este trecho, de importância crucial, é facilmente mal interpretado. Tem sido entendido como se implicasse que tudo que é legislado por autoridade competente e reconhecido como lei válida devesse ser conseqüentemente justo; que, além do positivismo jurídico, não existe critério que possa questionar a justiça de uma lei válida. Trata-se de um absurdo. Hobbes desconstrói a idéia de algum padrão independente do pensamento social do homem que possa fornecer uma referência natural que assegure a validade de nossas afirmações de justiça e injustiça[30]. Não existe tal padrão. Ou, mais precisamente, o estado natural não nos oferece nenhum, mas nosso entendimento desse fato pode pode constituir, em si, esse padrão capaz de nos mostrar um caminho. Nosso raciocínio sobre a condição humana – um raciocínio desenvolvido depois que as falsas imagens e promessas da religião foram desconstruídas – nos oferece um sistema de coordenadas no qual dispomos de critérios de justiça e injustiça. Mas pode haver outros... Embora Hobbes veja com ceticismo toda afirmação que não siga o percurso baconiano, isso não significa que, à medida que a sociedade progrida, não vá seguir-se um aumento na qualidade e no alcance dos argumentos humanos. Na realidade esta é uma conseqüência da teoria de Hobbes. Todas as pretensões ao direito e todas as reivindicações de justiça são

sociais entre si para que, através da ajuda mútua e da junção de suas forças, eles possam garantir-se mutuamente suas propriedades e as coisas que contribuem para o bem-estar e a felicidade nesta vida." Assim, o objetivo principal do governo consiste em preservar aquilo que passamos a chamar de operação da sociedade civil: a série, em pequena escala, de interações ao longo do corpo social. O governo cria leis "para a defesa dos bens temporais", protegendo o homem contra "a rapina e a fraude de seus concidadãos (...) e a violência e hostilidade dos estranhos" (Primeira Carta, *The Works of John Locke in Ten Volumes*, 1823: 45).

30. Emprego com precisão o verbo "desconstruir". Como veremos mais adiante, a obra de Hobbes e de Hume prefigura, nessa área, as energias desconstrutivas radicais de Jacques Derrida.

humanas, são sociais; para fins de organização da sociedade, admitiremos que não existe nenhum mundo fora da sociabilidade da caverna. E a justiça de nosso mundo do interior da caverna funda-se sobre um ato original de poder, sobre a violência que reprime e mantém sob controle aquela outra violência que sempre está presente na ausência da violência[31]. A paz da sociedade civil civilizada tem por base nossa compreensão da potencialidade onipresente da violência da sociedade civil.

> As paixões que predispõem os homens à paz são o medo da morte, o desejo das coisas que são necessárias para uma vida confortável e a esperança de obtê-las graças a seu trabalho. E a razão sugere critérios apropriados de paz por meio dos quais os homens podem ser levados ao acordo. Esses critérios são aqueles que, sob outros aspectos, são chamados de leis da natureza (*Leviatã*, 13: 90).

O direito natural na verdade consiste em um direito da condição natural no sentido de exercer um poder básico e preservar a vida e a liberdade. O direito da natureza é "a liberdade que cada homem tem de usar seu poder, do modo que lhe parecer melhor, para a preservação de sua própria natureza, (...)". A liberdade é "a ausência de obstáculos externos" que impedem um homem de usar seu poder "conforme o que lhe for ditado por seu julgamento e razão" (*Leviatã*, 14: 91). Mas o homem se dá conta de que precisa abrir mão de parte de sua liberdade natural para evitar a guerra do estado natural. A razão nos diz qual é a primeira lei natural: *procurar a paz e segui-la*. Em seguida, discernimos uma segunda lei natural: um homem está disposto, na medida em que outros também o estejam, a "renunciar a seu direito a todas as coisas e, no que diz respeito aos outros homens, a contentar-se com a mesma liberdade que concederia a outros homens em relação a si próprio" (*Leviatã*, 14: 91).

A terceira lei natural hobbesiana diz respeito aos contratos. Hobbes parece argumentar que um sentimento primitivo de negociação contratual é inerente aos indivíduos no estado natural. Esse se torna o método pelo qual a paz é assegurada, uma vez que existe uma terceira lei da natureza: "Que os homens cumpram os pactos que celebrarem, sem o que os pactos são inúteis e não passam de palavras vazias" (*Leviatã*, 15: 100). Isso, porém, é ao mesmo tempo natural e não-natural. A natureza provê uma forma de se criarem vínculos sociais, "vínculos mediante os quais os ho-

31. Hobbes associa intimamente a criação do direito e seu cumprimento. Uma vez que a ordem jurídica começa com o soberano, a justiça significa a administração de tal ordem. *A justiça não pode preceder a criação da ordem jurídica e fixar seu significado como "uma coisa de substância empírica". Em outras palavras, apelar a uma justiça que se encontra para além da caverna significa invocar a metafísica, agora excluída dos limites da razão natural.* Muito embora não possa haver um apelo transcendental a tal justiça não empírica, podem existir boas e más leis, uma vez que o objetivo da ordem jurídica é a proteção social e a criação das condições para a busca da felicidade. [A leitura de Derrida (1992) sobre a justiça segue Hobbes exatamente: *cf. Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority".*]

mens se vêem comprometidos por obrigações", mas que precisam de alguma força externa, ou conseqüências nocivas, para se assegurar de que não sejam rompidos[32]. Os homens podem transferir mutuamente seus direitos por contrato; os contratos fornecem a metodologia para a obtenção de bens e a conquista do poder. Mas os contratos precisam que um regime de poder seja eficaz. Precisam do poder do direito – e esse direito exige que exista uma fonte de poder – para definir que justiça é a manutenção do contrato, e injustiça seu rompimento[33]. Trata-se de um rito mágico de fundação – legitimação – constituição. Embora possa haver alguma tendência natural a usar os contratos, estes serão inúteis a menos que exista algum poder capaz de fazê-los cumprir – e punir seu rompimento –, mas tal poder é, ele próprio, criado pelo pacto.

> (...) antes que as palavras "justo" e "injusto" possam fazer sentido, é preciso haver algum poder coercitivo que obrigue igualmente os homens a cumprir seus pactos por medo de algum castigo que seja maior que o benefício que esperam obter mediante o rompimento do pacto, e também capaz de valorizar aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, em recompensa pelo direito universal de que abriram mão; e esse poder não existe antes da criação de um Estado (*Leviatã*, 15: 100-1).

Esse é também o ponto em que se inicia a propriedade; a propriedade só se torna uma possibilidade por meio das regras do direito. Não há nenhum direito natural à propriedade, uma vez que esta é uma função da legalidade; conseqüentemente, a propriedade não é uma coisa que se coloca contra o Estado, mas é por este criada (em outras palavras, a tributação não é nenhum roubo!)[34]. A propriedade é a abstinência artificialmente controlada da interferência na fruição dos outros em relação a suas posses. Mas todas as limitações naturais nas quais a sociedade civil se fundamenta são criadas pela disciplina e pelo funcionamento da lei[35].

Hobbes sistematizou cerca de dezenove leis naturais – mais apropriadamente, conclusões relativas ao que é apropriado para a preservação e defesa do homem na sociedade[36] – inclusive a afirmação de que nenhum homem é juiz de si próprio. Um mecanismo para julgar deve ser construído: uma ciência, e um poder, de "culpa e inocência".

A SOLUÇÃO HOBBESIANA PARA OS PROBLEMAS DA CONDIÇÃO NATURAL: A CRIAÇÃO DO SOBERANO, UM SER ARTIFICIAL, UM DEUS MORTAL

Os homens podem constituir-se em um só corpo – uma instituição – capaz de julgar.

> Uma multidão torna-se uma pessoa quando é representada por um único homem ou pessoa, de tal modo que isso se dê com o consentimento de cada um dos que formam essa multidão. Pois é a unidade do representante que configura a pessoa, e apenas uma pessoa; e não existe outra maneira de entender a unidade na multidão (*Leviatã*, 16: 114).

O soberano será uma instituição, um corpo, mas essa unidade é artificial – uma criação. Na verdade, o soberano é uma instituição criada pelos poderes a ele transferidos, pelos membros individuais da sociedade, para agir do modo como lhe permitem os poderes dos quais se abriu mão[37]. O soberano é criado pelo evento do contrato social. O contrato social é a metodologia que institui um "poder comum" que pacifica o corpo social e reduz:

---

32. "Vínculos cuja força não provém de sua própria natureza (uma vez que nada se quebra mais facilmente do que a palavra de um homem), mas do temor de alguma conseqüência funesta que decorra da ruptura" (*Leviatã*, 14: 93).

33. Hobbes se refere à lei natural que nos obriga a honrar os contratos como "a fonte e a origem da JUSTIÇA. Pois onde não há pacto anterior não há direito a ser transferido, e todo homem tem direito a todas as coisas; conseqüentemente, nenhuma ação pode ser injusta. Contudo, é injusto romper um pacto depois de havê-lo celebrado. E a definição de INJUSTIÇA nada mais é que *o não-cumprimento de um pacto*" (*Leviatã*, 15: 100).

34. Uma tática muito apreciada pelos novos teóricos dos Direitos Naturais, como o teórico político francês Bodin (1530-1597) antes dele, e Locke (1632-1704) depois, consistia em afirmar que existia um direito natural à propriedade em nome de cuja defesa o Estado adquire existência. Hobbes argumenta que tal direito seria incompatível com o objetivo de se alcançar a boa ordem subjacente à entrega de nosso poder ao soberano: "Uma quinta doutrina, que tende à dissolução do Estado, é que todo indivíduo tem a propriedade absoluta de seus bens, chegando, inclusive, à exclusão do direito do soberano. De fato, todo homem tem uma propriedade que exclui o direito de qualquer outro súdito, e ele só a tem em decorrência do poder do soberano; sem a proteção deste, qualquer outro homem teria igual direito à mesma coisa. Contudo, se o direito do soberano também for excluído, ele não poderá exercer a função em que foi colocado, que consiste em defendê-lo tanto dos inimigos externos quanto dos males causados por outros, e conseqüentemente o Estado deixará de existir" (*Leviatã*, 29: 224-5).

35. "De modo que a natureza da justiça consiste em manter a validade dos pactos, mas tal validade só começa com a constituição de um poder civil suficiente para forçar todos os homens a mantê-los; e é aí, também, que começa a existir a propriedade" (*Leviatã*, 15: 111).

36. "A esses ditames da razão os homens costumam dar o nome de leis, mas o fazem indevidamente. São apenas conclusões, ou teoremas sobre o que leva à conservação e a defesa deles próprios, ao passo que a lei, corretamente definida, é a palavra daquele que, por direito, tem poder sobre os outros. Ainda assim, contudo, se considerarmos que os mesmos teoremas são transmitidos pela palavra de Deus, que por direito comanda todas as coisas, será então apropriado chamá-los de leis" (*Leviatã*, 15: 111).

37. "E, tendo em vista que a multidão não é um, porém muitos, não se pode entendê-la como apenas um, mas como muitos autores de tudo quanto seu representante diz ou faz em seu nome; cada homem concede, a seu representante comum, a autoridade que é particularmente sua; e a todos pertencem as ações praticadas pelo representante, caso a autoridade que lhe concederam seja ilimitada. De outro modo, quando o limitam, no que diz respeito à representação e à extensão desta, nenhum deles possui mais do que aquilo em que lhe deu autorização para agir.

E, se o representante consiste em muitos homens, a voz do maior número deve ser considerada como a voz de todos eles" (*Leviatã*, 16: 114).

todas as suas vontades, por pluralidade de vozes, a uma única vontade, o que equivale a dizer: designar um homem, ou uma assembléia de homens, como seu representante.

(...)

Isso é mais do que consentimento ou concórdia; é uma verdadeira unidade de todos eles, em uma única e mesma pessoa, criada por um pacto de cada homem com todos os outros, e concebido de tal modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *autorizo e cedo meu direito de governar a mim mesmo a este homem ou a esta assembléia de homens, com a condição de que renuncies a teu direito em favor dele, autorizando, de modo semelhante, todas as suas ações.* Feito isso, a multidão assim unida em uma só pessoa passará a chamar-se ESTADO, em latim CIVITAS. Esta é a geração daquele LEVIATÃ, ou antes (para falar com mais reverência) do deus mortal ao qual devemos, abaixo do Deus imortal, nossa paz e nossa defesa (*Leviatã*, 17: 120).

A essência do Estado é

> Uma pessoa, de cujos atos cada um dos membros de uma grande multidão, por acordos mútuos, transformou-se em autor, a fim de que ela possa usar a força e os meios de todos eles, como lhe parecer oportuno, tendo em vista a paz e a defesa comuns a todos (*Leviatã*, 18: 121).

A relação entre soberano e súditos é assim estabelecida. Como o poder é a essência da questão, o soberano não pode sujeitar-se à lei, mas apenas a alguns outros meios. Hobbes é claro:

> O soberano de um Estado, quer se trate de um homem, quer de uma assembléia, não tem de sujeitar-se às leis civis. Como tem o poder de criar e revogar as leis, deve libertar-se dessa sujeição quando bem lhe aprouver, revogando as leis que o incomodam e criando novas leis; e, conseqüentemente, já era livre antes, uma vez que é livre todo aquele que pode ser livre quando quiser. Tampouco é possível que uma pessoa esteja obrigada perante si mesma, pois o que pode obrigar pode libertar, e assim não se pode dizer que esteja obrigado aquele que somente o está perante si mesmo (*Leviatã*, 26: 184).

O soberano é o ponto social em que reside o poder, e o poder não pode obrigar-se a si próprio. Se um poder superior tiver de existir, tratar-se-á do poder do soberano. O soberano é absoluto.

O DIREITO COMO AUTORIDADE DO SOBERANO REFORÇADA PELO PODER

Não existe nenhum sentido moral natural de obediência à lei. Por tratar-se apenas de uma tendência geral – "qualidades que predispõem o homem à paz e à obediência (*Leviatã*, 26: 184) –, o direito natural não garante o direito civil. Abandonados a seus próprios recursos, os homens diferem quanto às qualidades substantivas que

apresentam em seus apelos à eqüidade ou à justiça. O senso moral dos homens é variado e individualista. Contudo, eles consentiram em obedecer ao poder do soberano, e esse poder "obriga-os a obedecer". Hobbes estabelece uma diferença entre "ordens", "quando um homem diz 'faz isto' ou 'não faz isto', sem esperar nenhuma outra razão além daquela que decorre da própria vontade de quem o diz" e "conselho", "quando um homem diz 'faz isto' ou 'não faz isto', e deduz suas razões do benefício que desse modo traz àquele a quem o diz" (*Leviatã*, 25: 176). Enquanto um homem "pode ser obrigado a fazer aquilo que lhe ordenam", não se pode forçá-lo a prestar obediência ao conselho (a menos que, por meio de um acordo, o conselho passe para a esfera da ordem), uma vez que o dano ou a vantagem são exclusivamente seus. Em última instância, "a lei é uma ordem", e o soberano tem o poder exclusivo de determinar quais são os interesses da sociedade[38]. É uma declaração ou manifestação da vontade daquele que comanda.

Em seguida (capítulo 26), Hobbes introduz uma análise que prefigura aquela dos realistas jurídicos norte-americanos do século XX. Primeiro, reconhece o poder que as autoridades legais têm de determinar a natureza empírica da lei. "Todas as leis", por exemplo, "escritas ou não, precisam de interpretação" (*Leviatã*, 26: 190). Esse não é um processo que possa ser regido pelos livros dos filósofos morais, mas trata-se, um última análise, da arena do juiz nos casos particulares. Em segundo lugar, Hobbes diferencia dentre "leis positivas humanas" as leis distributivas (as que determinam os direitos de todos os súditos) e as leis penais. Estas últimas determinam a penalidade, e neste ponto Hobbes antecipa os argumentos que Kelsen apresentaria cerca de três séculos mais tarde, isto é, que seus destinatários são, na verdade, as autoridades jurídicas que têm de determinar se houve infrações e aplicar as sanções.

> [Leis] penais são as que declaram que penalidade será infligida àqueles que violarem a lei, e que se dirigem aos ministros e funcionários que cuidam de sua execução. Ainda que todos devam ser antecipadamente informados das penas aplicadas por suas transgressões, a ordem não se dirige ao delinqüente, do qual não se pode esperar que se castigue fielmente a si próprio, mas aos ministros públicos aos quais compete fazer cumprir a penalidade (*Leviatã*, 26: 197).

Em terceiro lugar, a metodologia da ordem no Estado deve obedecer a certos preceitos, pois de outro modo iria contrariar a lei da natureza (por exemplo, a lei civil deve ser sistematizada e publicada, uma vez que uma lei secreta não é apropriada)[39].

Além de escrita e publicada, a lei deve mostrar sinais de que em sua origem encontra-se a vontade do soberano; deve haver alguma norma para o reconhecimento

38. Para o cristão que acreditava que o comando do soberano contrariava a lei de Deus, Hobbes oferecia pouco conforto: "Procura Cristo em martírio."

39. "Nenhuma lei criada depois de consumado um ato pode transformá-lo em crime (...), uma lei positiva não pode dar-se a conhecer antes de ser criada, razão pela qual não pode ser obrigatória" (*Leviatã*, 27: 203).

das leis adequadas, bem como para que se possa diferenciá-las das ordens provenientes de pessoas não autorizadas. O direito pode decorrer da adoção tácita, pelo soberano, de regras locais costumeiras, e também pode ser claramente promulgada por decreto do soberano em função legislativa ou pelos juízes (cap. 27). As leis civis são uma espécie de regras. As regras permitem a certeza de expectativa, a confiança nas promessas e a criação de bens sociais; criam uma esfera sustentável de relações com aquilo que chamamos de propriedade. A soberania é "o poder integral de prescrever regras".

> Regras por meio das quais todo homem pode saber quais são os bens de que pode desfrutar, e que ações pode praticar sem ser molestado por nenhum de seus concidadãos. E a isto os homens chamam propriedade. Pois antes da constituição do poder soberano (...) todo homem tinha direito a todas as coisas, o que levava necessariamente à guerra. E essa propriedade, portanto, que é necessária à paz, constitui o ato daquele poder com a finalidade de assegurar a paz pública. Essas regras de propriedade (ou *meum* e *tuum*), do *bom* e do *mau*, do *legítimo* e *ilegítimo* nas ações dos súditos, *são as leis civis* (*Leviatã*, 18: 125).

Em certo sentido, portanto, a vontade do soberano é geral, formal – não substantiva. A natureza normativa da leis deixa implícito que elas não são meras expressões do capricho de um determinado soberano (ainda que seja possível criar regras que possuem efeitos muito específicos); ao contrário, estamos diante da criação de um espaço social para a atividade individual. As regras permitem que os indivíduos firmem contratos, ponham em prática seus desejos de progresso, poder, recompensa e bens, na medida em que atuem em conformidade com as regras. O soberano fornece as bases, o ponto arquimediano cuja criação permite o desenvolvimento de uma nova forma de poder social – a previsibilidade da ação no meio de estranhos em uma nova e moderna sociedade civil. De que depende, porém, o poder do soberano?

Hobbes oferece duas respostas: (i) depende da operação bem-sucedida do sistema que, uma vez constituído, precisa funcionar de maneira uniforme. O bom funcionamento da justiça assegura que os homens não abandonem a condição da sociedade civil e retornem à condição natural, o que eles não fazem por reconhecerem que não é de seu interesse próprio fazê-lo; (ii) depende do populacho compreender a base racional da existência e dos direitos do soberano. "Por sua vez, os fundamentos desses direitos precisam ser ensinados de forma diligente e verdadeira, uma vez que não podem ser mantidos por nenhuma lei civil nem pelo terror da punição legal" (*Leviatã*, 30: 232). A sociedade moderna é como uma casa que só dura enquanto durarem os materiais de que é construída; a coerção é essencial, mas precisa de apoio; os materiais da coerção precisam ser garantidos pelos "princípios da razão."[40] A base da soberania moderna é a capacidade de os intelectuais

40. Portanto, o desenvolvimento social do *Leviatã* é duplo: o poder do soberano determina a verdade das reivindicações antagônicas de conhecimento, mas então o conhecimento aceito determina a verdade sobre a qual se funda a soberania e o poder desta. Temos, portanto, as origens de uma espiral poder-conhecimento, conhecimento-poder. A imagem do social, a auto-imagem da sociedade – fornecidas pela filosofia, pela teoria jurídica e pela "sociologia" – é um elemento que contribui para o controle do social. Não apenas permite que se instaure um "objetivo", mas que o "normal" possa ser identificado por oposição ao "divergente". A partir de Hobbes, esse é um tema velado que percorre os textos de Bentham, Austin, Weber, Kelsen e H. L. A. Hart, e é reinterpretado na obra de Foucault. É a base daquilo que mais tarde Gramsci chamaria de hegemonia, e que o movimento dos Estudos Jurídicos Críticos identifica como o controle social secreto no mundo ocidental moderno.

descobrirem e articularem os princípios da razão e das estruturas da filosofia política para criarem a teoria jurídica moderna e instruírem a população em seu uso e racionalidade. A maior batalha pela estabilidade social diz respeito à opinião social. Hobbes argumenta que, uma vez que se tenha conseguido ensinar às nações "os grandes mistérios da religião cristã, que estão acima da razão, não há dificuldade (enquanto um soberano estiver na plenitude de seu poder)" em acreditar que tal processo educativo não venha a dar bons resultados (*Leviatã*, 30: 233). O soberano, porém, deve cumprir sua palavra: não só a punição de súditos inocentes vai contra a lei natural, como também "o soldado mais comum pode exigir o pagamento por sua participação na guerra como uma dívida" (*Leviatã*, 28: 220). Se os súditos devem agir conforme a lei e de modo previsível, o soberano deve ver a si próprio em termos semelhantes.

PARA FUNDAR A MODERNIDADE, A ATENÇÃO DA HUMANIDADE DEVE CONCENTRAR-SE NO PROGRESSO E NOS TEMORES DESTE MUNDO, OU *A NECESSIDADE DE CONTROLAR A ESCATOLOGIA*

O Leviatã tem uma divisão natural: a primeira parte consiste na discussão do mundo secular, enquanto a segunda aborda a natureza do Estado cristão. Toda a base da primeira seção, a criação da relação entre soberano e súdito, provém "exclusivamente de princípios naturais". Contudo, antes de Hobbes voltar-se para a discussão da cristandade, julga necessário concluir a seção secular com uma imagem escatológica da punição natural (cap. 31). As imagens seculares do passado (ainda que interpretemos seu estado natural como uma narrativa "como se") precisam de reforço; as narrativas escatológicas – comuns ao discurso religioso – devem ser encaradas com determinação e bem compreendidas.

Escatologia é o discurso que trata do relato final da vida e da morte; Hobbes deixa claro que, como a eficácia do poder do soberano exige que ele tenha poder sobre a vida e a morte, se houvesse uma promessa, uma recompensa de vida eterna para os que se opõem a ele, o poder terreno iria ver-se comprometido[41]. Assim, as promessas e esperanças para uma sociedade fundada na razão natural devem ser claramente

41. "A manutenção da sociedade civil depende da justiça, e esta depende do poder de vida ou morte, bem como de outras recompensas e punições menores que são inerentes àqueles que detêm a soberania do Estado. *É impossível que um Estado tenha permanência se qualquer outro, além do soberano, tiver o poder de conceder recompensas maiores do que a vida ou de infligir punições maiores do que a morte*" (*Leviatã*, 38: 306-7).

distintas daquelas contidas nas Escrituras. Hobbes volta-se para uma argumentação detalhada cujo efeito consiste em demonstrar que não há contradição entre a interpretação das Escrituras e a necessidade de obrigação civil. Em última análise, a crença religiosa torna-se uma questão pessoal na medida em que não desestabilize o Estado. Hobbes apresenta uma narrativa histórica na qual a Guerra Civil inglesa, apesar de algo a ser temido, teve o efeito positivo de romper o domínio da doutrina religiosa dominante e do poder eclesiástico. Daí por diante, a moral viria a tornar-se uma questão de argumentação racional, e a fé uma questão interior. Portanto, o *Leviatã* é um texto cheio de esperança de um novo alvorecer: uma modernidade fundada na confiança no poder da razão e na liberdade da fé particular.

CONCLUSÃO: ENTENDER O DILEMA E O LEGADO QUE HOBBES NOS DEIXA

A mensagem de Bacon era simples: o conhecimento pode conferir poder – com o verdadeiro conhecimento das condições empíricas do funcionamento da natureza, o homem poderia intervir com eficácia e criar uma nova ordem social. Porém, e se o conhecimento fosse determinado com base na metodologia? Métodos científicos diferentes – como é o caso do argumento protestante de que o indivíduo pode ignorar a hierarquia da Igreja por meio de petições pessoais a Deus – não levariam a resultados diversos? A ética protestante destruiu a eficácia e a estabilidade da cadeia do ser, ainda que a imagem fosse mantida por acadêmicos que difundiram os estudos jurídicos (como Hooker) e outros, no sentido de que Deus torna-se uma entidade à qual os cidadãos sentem, individualmente, que têm o direito de suplicar quando forem perseguidos pelas autoridades deste mundo. A lealdade da sociedade medieval – estabelecida em cadeias de reciprocidade e hierarquias de ser – nobres, reis e Deus, vê-se desestabilizada se as pessoas puderem entrar em relação direta com Deus, ou indicar seu próprio rei. Hobbes reprime o desejo protestante de conhecimento subjetivo ao replicar que o poder gera conhecimento.

A tarefa da teoria jurídica consistia em modernizar o direito natural e estabilizar a ordem social diante das pressões resultantes do declínio do medievalismo. Hobbes introduz a moderna relação súdito-soberano e oferece uma nova configuração e legitimidade epistemológicas à autoridade do poder. O direito positivo ou humano substitui o direito natural em decorrência do processo de naturalização. A perspectiva naturalista desintegrou a ontologia de Deus, que se transformou em uma idéia que era importante para o homem; o medo de Deus tornou-se uma função natural, refletindo o predomínio do *mana*. Quando nós, modernos, olhamos para o cosmo, nele não mais encontramos uma mensagem natural de harmonia e posição; trata-se apenas de uma massa de materialidade. Quem somos, então? Somos sujeitos racionalmente configurados (cidadãos de um Estado); as unidades estruturais básicas do mundo social, que agora podem olhar para o mundo como o lugar onde nossa criatividade pode consumar-se. Contudo, se anulamos o domínio da Igreja, da fé

no Ser Supremo (Deus) como ponto focal, vemo-nos diante de uma desconcertante multiplicidade de perspectivas. O mesmo processo de visualização que revela o mundo como espaço de transformação a partir de dentro também significa que o mundo não é governado por nenhuma perspectiva naturalmente legitimada e por nenhum ponto de vista controlador. Hobbes estabilizou essa desconcertante multiplicidade através da formação de um poder terreno – o soberano – que assumiu o *mana* e os papéis do objeto transcendental como abonador da estrutura da concepção de mundo. Um novo triângulo de interpretações e conceitos substituiu a idéia de procurar a verdade mediante o abandono da caverna em busca de uma segura posição da verdade; essas interpretações agora fornecem uma metodologia para a transformação da vida no interior da caverna. O triângulo pode ser assim descrito: (i) o cosmo é agora um mundo de objetos representados; (ii) a verdade é o ponto organizador, mas não pode ser assegurada por algum ponto fora da caverna que não seja um vazio significante transcendental; em vez disso, a verdade deve ser avaliada pela referência a (iii) sua adequação a um sujeito (para Hobbes, sua capacidade de garantir a ordem social para o soberano) à luz de seu desempenho pragmático[42]. Hobbes coloca uma reivindicação ou prerrogativa natural em lugar do direito natural, e substitui a vontade pela lei; ao fazê-lo, cria o ponto de partida da filosofia política e da teoria jurídica da modernidade.

A solução dos velhos problemas é o início de novos problemas. O que fará da modernidade um sucesso? Se "nós" não somos mais um todo natural (uma criação de Deus), como seremos capazes de conhecer a diferença entre o sucesso e o fracasso? Hobbes talvez respondesse que o sucesso será aquilo que tiver de ser: uma vez estabelecida, a existência contínua do Estado irá cuidar de sua própria vitalidade. Na verdade, a evolução empírica/histórica do Estado tem menos importância que uma explicação racional que nos diga por que devemos aceitar sua criação e forma. O fundamento da autoridade do soberano encontra-se no pacto daqueles indivíduos isolados e calculistas que criam um Leviatã, um deus mortal, um artefato. A força do *Leviatã*, o soberano, provém da anuência daquela multidão que, uma vez concedida, não pode ser revogada – a modernidade não admite recuos. As relações jurídicas vieram substituir as normas sociais pré-jurídicas (que são, elas próprias, materialmente ligadas a relações de hierarquias sociais). Fomos testemunhas de uma transformação social e ética: o nascimento de uma liberdade social e a transformação da ética na legalidade. Portanto, quem está no comando, e quem presta obediência quando o *soberano* detém o poder? Todos nós, no sentido de que todos delegamos nosso poder a ele. Em nome de quem o soberano fala? No dos súditos, no nosso...,

42. Se a escritura é tão aberta à interpretação que a ordem precisa ser imposta, que dizer então das leis escritas? A lei é um paradigma da vontade; da vontade e da intenção expressas de um corpo soberano. Que razão, porém, está na base de tal vontade? Ou não haverá nada além de poder na base de uma lei? Por si próprio, será o processo capaz de fornecer uma base suficiente? Se é esse o resultado testemunhado no século XX, por meio do qual os processos democráticos vieram a legitimar o poder da lei, isso não é de modo algum evidente por si mesmo.

ou será assim mesmo?[43] A filosofia jurídica moderna é, em grande parte, uma tentativa de encontrar e compreender a soberania. Através da filosofia, esta torna-se visível. Contudo, um modelo é destruído por meio da investigação analítica tão logo é criado, pois, conquanto existam aqueles que o definem como uma questão de refletir sobre os fatos sociais e o sucesso pragmático (Hobbes, John Austin), por outro lado os juristas (como H. L. A. Hart, por exemplo) irão afirmar que eles não são nem puros o bastante em sua filosofia, nem que se acham engajados na sociologia. Enquanto isso, os que procuram esse modelo na sociologia irão criticar o empenho dos autores que os antecederam como mera ideologia, podendo ser levados à descrença em que o soberano venha algum dia a falar em nome do povo (como no Marx da maturidade) ou forçados a envolvê-lo em uma psicologia que remete a Deus (como foi o caso do sociólogo francês Émile Durkheim).

Hobbes abre caminho para que o direito se transforme em norma e que as relações jurídicas tornem-se implícitas na estrutura do Estado. Com o tempo, o Estado irá assumir as tarefas da administração, da vigência e da submissão à lei e da regulamentação do corpo social. Muitos irão questionar sua esfera de ação, enquanto outros irão enfurecer-se diante de sua disciplina[44]. No contexto pós-moderno, perguntamo-nos se o avanço do direito tornou as estruturas éticas do corpo social tão frágeis a ponto de restringir seriamente sua capacidade de oferecer-nos algo além de uma sociedade baseada na lei e na ordem[45]. E, se na busca de orientação retornamos a Hobbes em nossa época atual – pós-moderna –, tal fato pode ser visto como conseqüência direta dos avanços que esse autor obteve em sua epistemologia. Contudo, ele foi apenas um ponto inicial da modernidade. Hobbes não podia afirmar abertamente que estávamos a sós no cosmo; precisava ainda empregar uma linguagem que demonstrasse alguma fé em Deus. Se a fé for totalmente excluída do sistema hobbesiano, a ordem então repousa sobre a autoridade e a vontade do soberano, mas o soberano de Hobbes não tem nenhuma racionalidade – além do interesse pessoal calculista dos súditos – a ser conferida ao *status* intrínseco e obrigatório com o qual, como o filósofo parece pensar, é preciso envolver essa autoridade e essas leis[46], que só podem ser asseguradas pela coerção, pelo poder. E Hobbes não enfrenta essas tensões com total determinação, pois ainda se submete à retórica da existência de Deus[47]. Contudo, se perdêssemos toda a fé em Deus, o poder não se veria privado de todo e qualquer valor moral? Não iria tornar-se, simplesmente, o princípio da dinâmica, razão pela qual o mundo não seria de modo algum naturalmente ético ou espiritual? Hobbes fragmentou a cadeia do ser, apoderou-se de *mana* do outro mundo – e o que aconteceu, então, com o *nirvana*?[48] Se, com o tempo, a era moderna percebe-se desencantada, isso em parte talvez se deva ao fato de o conhecimento ter se apropriado de *mana* sem compreender o mistério (incompreensível) que lhe conferia significado.

43. Como afirma um autor contemporâneo, não há resposta para essas perguntas. "A república é uma criatura artificial paradoxal, formada por cidadãos unidos apenas pela autorização concedida a um deles para ser o representante de todos. O soberano fala em seu próprio nome ou em nome daqueles que lhe conferem seu poder? Trata-se de uma questão insolúvel, com a qual a filosofia política moderna vai engalfinhar-se até o fim dos tempos. Na verdade, quem fala é o soberano, mas são os cidadãos que falam através dele. Ele se torna seu porta-voz, sua *persona*, sua personificação. Ele os traduz e pode então traí-los. Eles lhe dão poderes e podem então impugná-lo. O Leviatã só é formado por cidadãos, cálculos, acordos ou divergências. Em resumo, não é formado por nada além de relações sociais. Ou, por outro lado, graças a Hobbes e seus sucessores, estamos começando a entender qual é o significado de relações sociais, poderes, forças, sociedades" (Latour, 1993: 28).

44. Todo o *corpus* da obra do teórico social francês Michel Foucault, por exemplo, é um debate sobre o papel da lei e da disciplina. Para Hobbes, o homem se ajusta à sociedade pela disciplina, não pela natureza.

45. Outro modo de fazer essa pergunta consiste em indagar para que tipo de liberdade caminha o Ocidente. A liberdade do homem "moderno" – desde Hobbes – é entendida como a liberdade de desfrutar a busca de seus objetivos privados e suas posses materiais, a salvo da interferência dos "outros" e contando com a estrutura do direito (comercial, civil, criminal). O preço disso é renunciar ao ideal de liberdade dos antigos, a liberdade de participação ativa no poder coletivo (por maior que seja seu elitismo na prática), uma vez que isso implica que a pessoa é apenas um elemento da comunidade (e não um indivíduo que independe de apoio exterior). O escritor liberal Isaiah Berlin (1969) faz distinção entre uma concepção "negativa" de liberdade (simplesmente a ausência de controle e coerção externos) e uma concepção "positiva" de liberdade (a idéia do cumprimento e consumação da verdadeira natureza humana). Para Berlin, a segunda concepção é antimoderna e potencialmente totalitária, e não pode ser aceita por um verdadeiro liberal, uma vez que exige do homem a postulação da existência de uma noção objetiva do bem viver. Portanto, a interpretação do ideal republicano clássico de liberdade como participação na realidade de um governo comunal não pode ser aceita. O historiador Quentin Skinner (1978) não aceita essa conclusão, acreditando que é possível construir uma idéia de liberdade que, conquanto ainda negativa (no sentido de rejeitar uma definição substantiva de *eudiamonia*), inclui os ideais de participação e virtude cívica. Skinner relê o *Discurso* de Maquiavel como se ali se propusesse uma concepção de liberdade que envolve a capacidade humana de perseguir seus próprios objetivos (seu *humori*), ao mesmo tempo que se reconhecesse que, para assegurar as condições ideais, capazes de evitar a coerção e a servidão (que tornam impossível o exercício da liberdade individual), é necessário praticar a virtude cívica e servir ao bem comum. Somos instados a praticar a virtude cívica e a servir ao bem comum para que possamos assegurar o grau de liberdade pessoal que nos permita perseguir nossos objetivos pessoais (nossos projetos de vida); em vez de ver uma contradição entre liberdade negativa e positiva, Skinner aponta para sua necessária coexistência. Sem uma idéia do bem comum e da participação cívica, estamos condenados a perceber o direito como uma estrutura carente de significado positivo; uma estrutura que nos diferencia mutuamente enquanto indivíduos, mas que tanto aprisiona quanto separa. Nosso acúmulo de sucesso material – nossa felicidade – é alcançado ao preço da prisão dos que não conseguem ser bem-sucedidos e infringem a lei na busca de sua felicidade (ilegal).

46. É exatamente esta a queixa de H. L. A. Hart contra o modelo da Teoria Imperativa que ele baseou vagamente em Austin nos capítulos iniciais de seu livro *Concept of Law* (1961). Como veremos mais adiante, a crítica de Hart é equivocada no sentido de que negligencia o inevitável elemento político que flui como uma cadeia indivisível ao longo de Hobbes, Bentham e Austin. Não obstante, permanece a questão: o que pode instituir a autoridade e sobreviver à análise reflexiva?

47. É surpreendente o contraste entre a cadeia do ser, de tradição clássica e teológica, e o individualismo puro. Para Oakeshott (1975), a tradição do direito natural não morreu por inteiro, e Hobbes nunca teve uma teoria satisfatória ou coerente da vontade. A solução conciliatória para a qual se inclina a filosofia política adotada foi a união de uma teoria do direito natural reconstituído com as idéias de "vontade" de Hobbes. Uma união indicada em expressões como *Vontade geral*, de Rousseau, *Vontade racional*, de Hegel, e *Vontade Real*, de Bosanquet. Uma revivificação da teoria do direito natural dos estóicos com o enxerto de uma teoria da vontade.

48. Conquanto Hobbes lance as bases do positivismo jurídico através de seu uso de uma narrativa científico-naturalista e da firme defesa do direito positivo (à custa do *common law*), ainda é cedo demais para chamá-lo de positivista jurídico. Ele não pode respirar a atmosfera criada por Comte no século XIX, com sua total confiança na capacidade que tem o conhecimento positivo, ou científico, de encontrar os métodos e as condições para um futuro paraíso na terra. Hobbes tampouco pode criar uma religião da humanidade.

Capítulo 5

David Hume – Defensor da experiência e da tradição contra as afirmações da razão como guia da modernidade

Conscientizemo-nos plenamente da fragilidade, da cegueira e dos estreitos limites da razão humana; examinemos criteriosamente sua incerteza e suas infinitas adversidades, mesmo nas questões da vida e da prática comuns; encaremos de frente os erros e as ilusões de nossos sentidos; as dificuldades insuperáveis que acompanham os primeiros princípios em todos os sistemas. Quando essas questões se mostrarem na plenitude de sua luz, (...) quem poderá manter sua confiança nessa frágil faculdade da razão, a ponto de levar em conta suas determinações em aspectos tão sublimes, tão obscuros, tão remotos da vida e da experiência comuns? (Filon (personagem criado por Hume para apresentar seus pontos de vista), em Hume, *Dialogues Concerning Natural Religion* [Diálogos sobre a religião natural], 1957: 6).

A existência de qualquer ser só pode ser provada por argumentos de sua causa e efeito, e esses argumentos são totalmente fundados na experiência (...). Somente a experiência nos instrui sobre a natureza e os vínculos de causa e efeito e nos permite inferir a existência de um objeto a partir de outro (...). Quando percorremos as livrarias, convencidos desses princípios, que estrago podemos fazer? Ao tomarmos em mãos qualquer volume – de teologia ou metafísica escolástica, por exemplo –, perguntemos então: Haverá aí algum raciocínio abstrato que contenha quantidade ou número? Não. Haverá aí algum raciocínio experimental sobre questões de fato e da existência? Não. Que seja então lançado às chamas, pois pode conter nada além de sofismas e ilusões (Hume, *Enquiries Concerning Human Understanding* [Investigações sobre o entendimento humano], [1777] 1975: 164-5).

ENTENDENDO HUME: NOTA SOBRE A LITERATURA

O escritor, historiador e filósofo escocês David Hume[1] tem sido reverenciado como, talvez, o mais eloqüente filósofo da língua inglesa e o homem que desmas-

1. David Hume nasceu em Edimburgo em 1711, e seu interesse precoce pela literatura já indicava à sua família que ele não seguiria seu desejo de torná-lo advogado. Apesar de ter freqüentado a Universidade de Edimburgo, não chegou a formar-se; preferia estudar livremente uma vasta gama de assuntos. Sua paixão dominante era a literatura, a filosofia e a história geral. Passou os anos de 1734-1737 na França, em condições de "rigorosa frugalidade" enquanto compunha seu *Treatise of Human Nature* [Tratado da natureza humana]. Quando esse livro foi publicado em 1739, Hume decepcionou-se

carou as pretensões da razão em tornar-se a base e o guia do desenvolvimento de uma nova sociedade (destruindo, assim, a tese ontológica do direito natural[2]), em vez de propor alguma coisa de positiva para a modernidade[3]. Cético radical em sua filosofia, e conservador em suas concepções políticas e sociais, Hume parece em desacordo com a tendência otimista do Iluminismo[4]. Recusando-se a criar imagens especulativas de utopias futuras, ele voltou-se para a história para mostrar o que somos e como aqui chegamos (durante sua vida, foi reconhecido primeiro como historiador, depois como filósofo). Na tradição da erudição humiana legada por Kemp Smith (1941), Hume "empiriza" o homem a tal ponto que o alcance do conhecimento relevante a nossas preocupações (e, assim, capaz de servir de guia à ação) deve ficar restrito ao entendimento do lado sensível e emocional do homem, e devemos desconfiar das afirmações feitas em nome da razão. Kemp Smith sumaria afirmações-chave, como "a razão é e deve ser escrava das paixões", para representar Hume como um pensador para o qual só somos verdadeiros quando sob "guiados pela natureza, agindo (...) não através da razão, mas do sentimento (...)".

com sua recepção, observando mais tarde que "nunca antes uma tentativa literária foi tão infeliz", pois a obra "saiu natimorta do prelo". Seu próximo livro, *Essays Moral and Political* [Ensaios morais e políticos], publicado em 1741-1742, foi um sucesso imediato.

Hume então revisou o Tratado, simplificando ou popularizando os argumentos para o público geral, e publicou-o com o novo título de *An Enquiry Concerning Human Understanding* [Investigação sobre o entendimento humano]. Além de seus extensos livros sobre a história da Inglaterra, Hume escreveu três outras obras que viriam a aumentar sua fama: *Principles of Morals and Political Discourses* [Princípios da moral e discursos políticos] e, depois de sua morte, Adam Smith publicou o livro que os amigos de Hume tinham-no aconselhado a não publicar enquanto ainda vivesse, *Dialogues on Natural Religion* [Diálogos sobre a religião natural]. Smith foi mais criticado por permitir a publicação desse livro do que por qualquer coisa que ele próprio tenha escrito.

Hume foi para a França em 1763 como secretário do embaixador inglês. Seus livros lhe haviam granjeado uma enorme reputação no continente europeu, e ele tinha uma relação confusa com Rousseau, a quem convidou para ir viver na Inglaterra num período em que Rousseau enfrentava uma crítica muito hostil na França. Não foi uma estadia muito agradável, com Rousseau revelando suspeitas todas as vezes que Hume tomava providências para organizar sua permanência no país. Durante dois anos, de 1767 a 1769, Hume foi Subsecretário de Estado, e em 1769 voltou para Edimburgo, onde sua casa tornou-se um centro de encontros literários e filosóficos. Morreu nessa mesma cidade em 1776.

2. Hume afirmava que, qualquer que fosse o conhecimento que pudéssemos adquirir com base no modo de operação das coisas – na realidade objetiva –, não poderíamos inferir, diretamente desse conhecimento, uma resposta à pergunta "como devem ser as coisas?".

3. Como diz David Faith: "A filosofia de David Hume vem provocando reações há cerca de dois séculos e meio. A maioria esmagadora dessas reações tem sido negativa, com base na opinião de que a filosofia de Hume é negativa, uma negação dogmaticamente cética do conhecimento humano da verdade e do valor."

4. Hume foi recentemente o alvo de um escritor pertencente ao movimento dos Estudos Jurídicos Críticos. Em *Theory, Political Theory, and Deconstruction*, Matthew Kramer (1991: 145-6) afirma que "o conservadorismo assoma como a ideologia dos particulares. Com raiva, e quase sempre com eloqüência, os pensadores conservadores têm ridicularizado os grandes esquemas dos visionários que procuram transformar a política numa arena de experimentação... Hume foi o filósofo dos particulares por excelência".

Hume é visto como propositor de um naturalismo consumado, reduzindo o homem a um mero feixe de causa e efeito a partir do que são banidas todas as idéias transcendentes de moral ou da alma humana. Para Barry Stroud, a afirmação central de Hume é que "a razão, como tradicionalmente entendida, não tem papel algum na vida humana" (1978: 14), situando Hume na corrente conservadora dos filósofos do senso comum[5].

Esses pontos de vista têm se complicado com uma proliferação de erudição humiana. Muitas interpretações recentes preocupam-se ostensivamente não com o desmonte dos textos de Hume – como fez, historicamente, a tradição analítica –, mas com a contextualização e o entendimento da importância de sua obra[6]. Lido como um dos que contribuíram com a criação de novos conceitos na filosofia jurídica, Hume oferece um modo de entender implicitamente por que dois suportes essenciais do *common law* – a experiência e a tradição – puderam sobreviver diante do crescente potencial do positivismo jurídico – uma idéia do direito como instrumento do domínio racional, ou a estruturação da ordem social através de um código racional e lógico. Ao sabotar as alegações da razão, Hume permite que as alegações da experiência e da tradição sobrevivam e sejam "racionalmente defendidas".

A IMPORTÂNCIA DE HUME PARA A FILOSOFIA DO DIREITO ENCONTRA-SE EM PARTE EM SUA DEFESA DA TRADIÇÃO E DA EXPERIÊNCIA, QUE ESTAVAM SOB ATAQUE IMPLÍCITO DO LEGADO HOBBESIANO

Hobbes substituiu Deus pelo conceito do indivíduo previdente enquanto base da ordem social. A ordem social moderna devia ser uma estrutura tornada possível pelo direito – pelo domínio do soberano – e autorizada pela compreensão racional dos indivíduos de que esse centro de poder secular era exigido pela indetermina-

5. Posição mais tarde criticada por Hegel: "uma vez que o homem de senso comum recorra ao sentimento, ao oráculo que traz em seu peito, estará acabado para todos os que dele discordarem; ele tem apenas de explicar que não tem mais nada a dizer a ninguém que não pense e sinta da mesma maneira que ele. Em outras palavras, esmaga sob os pés as raízes da humanidade. Pois é da natureza da humanidade insistir no acordo com os demais; a natureza humana só existe, de fato, na consumação de uma comunidade de mentes. O anti-humano, o meramente animal, consiste em permanecer na esfera do sentimento e só ser capaz de comunicar-se nesse nível" (*Phenomenology of Spirit*, parágrafo 69).

6. Aos nomes de Kemp Smith, ou, alternativamente, aos daqueles que viram apenas o clássico cético, vieram juntar-se novos nomes, como Duncan Forbes (1975), Donald Livingstone (1984), David Faith Norton (1982), Frederick Whelan (1985) e Alisdair MacIntyre (1988). O resultado foi um aumento das perspectivas e modalidades de entendimento cujo efeito enriqueceu, assim como tornou mais difícil, a tarefa de haver-se com Hume. Hume foi sempre um sintetizador em cada um de seus textos, quer fossem propriamente filosóficos, como o *Tratado da natureza humana* (1978 [1739-40]) (em todas as próximas referências, esse texto será citado como (T, número da página) ou as *Investigações* (1975 [1777]) (citado como I, número da página), quer ensaísticos, como as *Histórias*, os *Diálogos* (1957) e os *Ensaios*.

ção da subjetividade diante da condição "natural" do homem. Neste mundo secular, a unidade básica é o indivíduo racionalmente previdente, que se torna senhor de sua existência e de tudo que possui. O direito é o instrumento do poder humano, a ferramenta de um sujeito humano que começa a assenhorear-se do mundo e a submetê-lo à análise racional, confiante em seu poder de raciocínio, capaz de criar uma estrutura social, uma sociedade, através de modalidades de direito – privado e público, civil e criminal –, tudo interligado. O mundo torna-se um domínio de oportunidades infinitas a ser controlado pela legalidade: especificamente, contrato, propriedade, individualidade e defesa das relações jurídicas por meio da sanção criminal.

A modernidade irá orientar-se pelos desejos, pelo raciocínio e pela felicidade dos indivíduos que formam o corpo social. O direito servirá para pacificar internamente e estruturar um conjunto de localidades – nações-Estado emergentes – ao fornecer uma base constitucional, um contrato social e, através do soberano assim constituído – o Estado constitucional –, o direito criará as condições para que haja interação social no interior desse espaço.

Hume, porém, questiona a confiança e o otimismo relativos a essa idéia de uma modernidade emergente que, além de ser uma esfera de possibilidades para os desejos do eu, será também capaz de deixar-se reger pelo eu racional livre. Embora Hume destrua qualquer vínculo remanescente entre a razão humana e a fé em Deus – e desse modo contribua para o processo de modernização –, ele também desestabiliza a esperança em uma vida segura com base nas estruturas do racionalismo cartesiano. Hume pergunta que tipo de base dá sustentação à idéia de um eu livre e racional que seja capaz de conhecer as verdades da razão na moral e na ética, e que irá criar uma nova ordem social.

Este capítulo segue a trajetória do raciocínio de Hume no "Tratado", da qual apresentamos aqui um resumo:

(i) Hume tenta seguir estritamente os preceitos baconianos e cartesianos no sentido de eliminar cepticamente todos os ídolos religiosos ou metafísicos e substituí-los por certas verdades;

(ii) em seguida, porém, pergunta: de onde virão essas verdades? Hume não confia na razão pura; argumenta que tal razão não tem nada de importante a nos dizer sobre o mundo; o que, então, usaremos como base de nosso conhecimento deste? Apenas fatos da observação e experiência do eu empírico – mas será que podemos ter certeza da estabilidade desse "eu" fundamental?

(iii) Hume procura um "eu" que seja ao mesmo tempo atomístico e inteiro, mas só encontra uma massa confusa e desestabilizadora de impressões e emoções – o que se chama de "eu" não passa de uma percepção imaginária da identidade, construída em interação simbólica com todo um conjunto de entidades sociais. Como o "eu" não pode nos oferecer segurança, temos de confiar nos fatos do mundo. Mas:

(iv) se o eu não é confiável, tampouco poderemos confiar nos fatos inferidos a partir de nossas percepções sensoriais, tendo em vista que são organizadas pelo eu. Isso significa que não temos como chegar à certeza, pois tudo é passível de desconstrução, nada é seguro. Como vamos lidar com essa constatação?

(v) Hume sugere que temos uma opção – (a) recuar para a passividade niilista e para o colapso nervoso e social, ou (b) lidar com as narrativas e categorias do senso comum que a "vida comum" nos apresenta. Hume propõe a segunda opção, mas pergunta: com que tipo de disposição de espírito iremos nos situar na "vida comum"? Sua sugestão é o recurso a um ceticismo atenuado. Portanto:

(vi) devemos atuar dentro de uma tradição. Todo empenho e todo conhecimento humano provêm de uma tradição. Contudo, precisamos também compreender que a tradição não nos traz a "verdade", no sentido de entidades absolutas e inegáveis que nos ofereçam a pureza e a certeza que desejamos. Ao aceitarmos os instrumentos e métodos de nossas tradições, estaremos condenados a existir apenas em meio a conjeturas e suposições; além do mais, só adquirimos uma idéia de nossa identidade (enquanto pessoas, indivíduos, advogados ou juízes) ao recordarmos e pensarmos através de nossos métodos ligados à tradição e dos conceitos de nossas tradições;

(vii) assim, afirma Hume, as regras de justiça e as regras da ordem jurídica são o resultado de processos históricos, de tradições e experiências, e devemos hesitar em introduzir mudanças drásticas simplesmente porque, ao fazê-lo, criamos algum argumento lógico atraente (com base na "igualdade", por exemplo). Precisamos compreender os tipos de conhecimento envolvidos nos argumentos racionais, assim como os limites de tais argumentos. Inversamente,

(viii) se procurarmos conhecer o funcionamento real do mundo, poderemos reunir fatos empíricos e utilizá-los como guias de nosso processo de construção social.

O SURGIMENTO DE CONCEITOS METODOLÓGICOS PARA SE ENTENDER A SOCIABILIDADE HUMANA: INDIVIDUALISMO *VERSUS* HOLISMO

Como conseqüência desse projeto, Hume oferece uma reconstrução imaginativa do sujeito moderno que, em termos pragmáticos, contorna a linha divisória entre individualismo metodológico e holismo social.

O individualismo metodológico

O legado hobbesiano oferece teorias sociais criadas com base no individualismo metodológico, ou que consideram os *indivíduos* como unidades estruturais básicas, e não alguma *coletividade* – por exemplo, a *pólis* – ou *totalidade* –, como a interpre-

tação do cosmo como produto da vontade divina. Os indivíduos estão condenados a ser independentes uns dos outros, e não existe ordem social natural. O problema é, então, *como harmonizar as vontades individuais no contexto de um todo social*? Hobbes resolve-o – intelectualmente – através da imagem do contrato social original por meio do qual os indivíduos racionais colocam um soberano como foco central do poder legítimo. Contudo, se a tradição religiosa, o mito e o costume forem eliminados em favor de uma nova abordagem científica da base da ordem social, será possível desenvolver um racionalismo capaz de manter a autoridade, ou seu fundamento deverá estar no poder em estado puro? Hobbes resolve a questão postulando que a ordem social deve basear-se no consentimento individual ou, ao menos, no entendimento racional de que todos os indivíduos teriam dado seu consentimento (uma vez que a alternativa é a guerra de todos contra todos)[7]. O contrato social mistura a liberdade natural (autonomia) com a legitimidade, oferecendo-nos uma narrativa do individualismo metodológico: a sociedade moderna é criada a partir da massa dos indivíduos e de suas vontades.

Como vamos nos relacionar com a sociedade moderna assim formada?[8] A constituição sociojurídica será apenas uma forma instrumental de ordenação social sem nenhum valor em si mesma, personificando tão-somente nossos medos do que seria a vida sem ela? Ou essa moderna constituição sociojurídica exprime a moralidade das sociedades?

Primeiro, a *narrativa instrumental*. Na narrativa instrumental, o papel do direito na constituição do corpo social encontra-se na criação e, por conseguinte, na manutenção das regras (de quaisquer regras; seu conteúdo moral interessa menos que sua eficácia); as regras permanecem entre os sujeitos e o caos social que decorreria do subjetivismo individual. Uma vez que o objeto desse sistema de regras é a preservação da ordem, como a modernidade vê a forma organizacional, o medo de alguns críticos é que os que se submetem às regras venham a perder sua criatividade individual e a tornar-se "meros objetos da vida administrada" (Adorno e Horkheimer, 1972: 32; em termos mais gerais, Weber, 1984).

Ao mesmo tempo que se afirmava realista, a narrativa instrumental fazia um uso medíocre das tradições do passado. Negligenciava um aspecto fundamental da experiência religiosa: o aspecto *expressivo*. A narrativa instrumental não fornecia um conteúdo através do qual cada pessoa pudesse identificar o corpo social. O cálculo mero e simples poderia mostrar-se suficiente? Ou isso significaria que um homem

7. Repetindo a estratégia de legitimação contida no contrato social hobbesiano: "Todo súdito é autor de todos os atos praticados pelos soberanos (...) o consentimento de um súdito ao poder soberano está contido nestas palavras: autorizo ou tomo sob minha responsabilidade todas as suas ações" (*Leviatã*, 21: 265, 269).

8. Em outras palavras, se a sociedade moderna se constitui por meio do direito (quer através de algum documento fundador, num ato de vontade política, como uma declaração de independência e uma Constituição escrita, ou lentamente, como na Constituição inglesa), qual é nossa relação com essa Constituição?

só devia ser leal para com sua sociedade se, e na medida em que, a sociedade fosse capaz de satisfazer suas necessidades? Que dizer da posição de todos aqueles – a maioria, nos primórdios da modernidade – que eram excluídos de uma real participação na constituição social (as mulheres, os que não tinham propriedade alguma, os escravos, os "outros"); o que os levaria a aceitar a posição dos mais afortunados?

As origens da tradição expressiva

Abriu-se, assim, um caminho para uma linha de pensamento alternativa – desenvolvida pelo romantismo de Rousseau, partilhada por Hegel (ambos discutidos no capítulo 7 deste texto) e herdada por Marx (discutido, aqui, no capítulo 10). Nessa linha, o homem é apequenado pelas circunstâncias nas quais se encontra; a humanidade deve aspirar a tornar-se algo além das tristes criaturas que seu comportamento demonstra serem. Essa tradição mantém viva a idéia de transcendência; em nome de nossa "humanidade", exigimos que nossa "essência" se destine a algo além do contexto empírico de nossas vidas arbitrariamente limitadas.

Por outro lado, poderíamos encontrar as bases para nos identificarmos com a sociedade e lhe prestarmos obediência quando ela for nossa, no sentido de ser nossa criação; isto é, quando pudermos ver a sociedade como o resultado da promoção de desejos e sentimentos nossos, que pertencem à nossa natureza espiritual. Como afirmou Charles Taylor (1979: 113): "Somente uma sociedade que fosse uma emanação do livre-arbítrio moral poderia restabelecer uma pretensão a nossa fidelidade que se pudesse comparar àquela da sociedade tradicional. Desse modo, uma vez mais a sociedade iria refletir, ou incorporar, algo de um valor absoluto... Somente assim se poderia deixar de falar em uma ordem cósmica."

HUME NEGA QUE POSSAMOS ENTENDER A TOTALIDADE DA EXISTÊNCIA APENAS POR MEIO DO USO DE NOSSA RAZÃO E SUGERE UMA EXPLICAÇÃO ESTRUTURAL-FUNCIONAL DO CORPO SOCIAL EM QUE A TRADIÇÃO E A EXPERIÊNCIA SÃO OS ASPECTOS IMPORTANTES DO PROGRESSO SOCIAL

Hume dá três passos fundamentais:

(i) separa o conhecimento dos fatos do conhecimento das idéias e das relações entre as idéias;

(ii) desconstrói as alegações da "razão", mostrando que o único conhecimento verdadeiro que podemos ter da condição humana é adquirido a partir da observação e da experiência;

(iii) inicia a desconstrução da idéia do eu, demonstrando assim que temos de contar com a experiência e a tradição "social", e não individualismo metodológico.

Primeiro passo: separar o conhecimento do fatos do conhecimento das idéias

Esta era uma idéia-chave do *Tratado* que, como Hume percebeu, não havia ficado tão clara quanto ele pretendia; por esse motivo, ele a reformulou mais claramente nas *Investigações*:

> Todos os objetos da razão ou da indagação humana podem ser naturalmente divididos em dois tipos, a saber, *Relações de Idéias* e *Questões de Fato*. Ao primeiro tipo pertencem as ciências da Geometria, Álgebra e Aritmética; e, em resumo, toda afirmação que é intuitiva ou demonstrativamente certa. Que *o quadrado da hipotenusa é igual à soma dos quadrados dos catetos* é uma proposição que expressa a relação entre essas duas figuras. Que *três vezes cinco é igual à metade de trinta* expressa uma relação entre esses números. As proposições desse tipo são confirmáveis pela mera operação do pensamento, sem depender do que existe em qualquer parte do universo...
>
> As questões de fato, que são os segundos objetos da razão humana, não são determinadas da mesma maneira; tampouco nossa comprovação de sua verdade, por maior que seja, é de natureza semelhante à anterior. O contrário de toda questão de fato é ainda possível, pois nunca pode implicar uma contradição e é concebido pela mente com a mesma facilidade e nitidez, como se fosse sempre muito adequado à realidade. O fato de o sol não nascer amanhã não é uma proposição menos inteligível, e não implica mais contradição do que a afirmação de que vai nascer (I, IV, primeira parte: 25-6).

Analistas posteriores referem-se a isso como o "dilema de Hume". O filósofo afirma que todo conhecimento pertence a uma ou outra dessas duas categorias distintas e mutuamente excludentes. Além disso, devemos ser sempre claros quanto ao tipo de conhecimento que estamos afirmando.

O primeiro, o *conhecimento das idéias e das relações entre as idéias*, remete à elaboração de conceitos e às relações lógicas entre os conceitos; esse conhecimento das relações entre as idéias tem por fundamento proposições que são necessariamente verdadeiras ou exprimem verdades necessárias (como, por exemplo, a de que um solteirão é um homem que não se casou), e para testar tal estrutura perguntamos o que se segue, ou o que não se segue, o que é ou não logicamente compatível com aquela afirmação. A regra lógica fundamental é a lei da não-contradição; uma coisa não pode ser "A" e "não-A" ao mesmo tempo. Não é possível enunciar "B" e, em seguida, criar um argumento lógico no qual "não-B" seja enunciado; disso decorre que, se um argumento dessa natureza for encontrado, ficará evidente que ocorreu uma contradição interna. Se assim for, o argumento é claramente falho. O problema com as afirmações desse tipo de conhecimento, afirma Hume, estava no fato de ser muito limitado em sua capacidade de nos dizer algo de novo sobre o mundo; uma vez que a estrutura era criada através de um processo de dedução lógica e rejeição da autocontradição, argumentos dedutivos válidos não poderiam nunca nos dizer mais do que já fosse inerente às premissas do argumento. Afirmamos e criamos com base nessas proposições através de um engajamento na argumentação lógica

detalhada e na elaboração de modelos lógicos, mas é difícil perceber como tal empreendimento elucida alguma coisa de substancial a propósito do mundo que nos cerca. Ainda assim, fazem-se muitas afirmações favoráveis a esse tipo de conhecimento, afirmações que na verdade são ou exemplos da "razão extrapolando seus limites", ou meras tautologias.

O segundo, o *conhecimento dos fatos*, remete às afirmações relativas ao modo como as coisas são, de fato, no mundo, e estas podem ser testadas (ou podem-se fazer tentativas de testá-las) mediante a verificação do modo como correspondem ao estado de coisas que pretendem representar. Esse tipo de conhecimento nos revela como as coisas realmente são no mundo, mas a verificação de tal conhecimento é difícil. Hume vai demonstrar que o maior problema está na relação entre a observação, a criação de fatos e a impossibilidade lógica de criar "leis" baseadas na recorrência das coisas que observamos (por exemplo, o simples fato de nunca termos visto um cisne negro não significa que, amanhã, um cisne negro vá aparecer; não podemos, logicamente, enunciar uma lei física natural em cujos termos "todos os cisnes são brancos"; tudo que podemos dizer é que "em nossa experiência – isto é, como resultado de nossas observações – os cisnes são de cor branca". O fato de o sol sempre nascer de manhã não determina, logicamente, que ele vá nascer amanhã cedo). Hume confiava nessa distinção para eliminar, cepticamente, muitas afirmações de conhecimento que via outros autores fazerem.

Segundo passo: a desconstrução das afirmações de "raciocínio abstrato", ou de filosofia pura, para fundar a nova sociedade

A partir do primeiro terço do Tratado, Hume começa a utilizar o teste do ceticismo. Ao introduzir "O sistema cético e outros sistemas filosóficos", argumenta que, enquanto a razão se apresenta como um novo sistema dominante da verdade, podemos adentrar sua estrutura, apontar contradições internas e mostrar até que ponto essa estrutura extrai suas bases de premissas não racionais.

> A razão aparece primeiro como detentora do trono, prescrevendo leis e impondo máximas com ascendência e autoridade absolutas. Seu inimigo, portanto, é obrigado a buscar refúgio sob sua proteção e, ao fazer uso de argumentos racionais que comprovem a falácia e a imbecilidade da razão, produz, de certo modo, uma patente por ela firmada. Essa patente tem, de início, uma autoridade proporcional à autoridade presente e imediata da razão, da qual provém. Contudo, como se supõe que contradiga a razão, vai aos poucos minando a força daquele poder dominante e, ao mesmo tempo, a sua própria força. Por fim, ao longo de uma diminuição regular e justa, ambas desaparecem no nada (T, 186-7).

É isso que, em anos recentes, veio a ser conhecido como "desconstrução". A tática de Hume consiste em infiltrar-se na própria estrutura que confere ao raciona-

lismo sua força, e desmontá-la[9]. Hume já havia advertido que havia muitos autores que apelavam à razão para invocar uma imagem de destreza e confiança, com a finalidade de afirmar que a razão substitui a ignorância e a mitologia, razão pela qual

> multiplicam-se as controvérsias, como se tudo fosse incerto; e essas controvérsias são conduzidas com grande entusiasmo, como se tudo fosse certo.

Em vez de um verdadeiro avanço do conhecimento, a vitória cabe, de fato, à retórica:

> Em meio a todo esse alvoroço, não é a razão que sai vencedora, mas a eloqüência; e nenhum homem precisará desesperar-se de conseguir adeptos da hipótese mais extravagante desde que seja hábil o bastante para apresentá-la nas cores mais favoráveis. A vitória não é conseguida pelos guerreiros que manejam a lança e a espada, mas pelos corneteiros, tambores e músicos do exército" (T, xi-xiv).

Ao contrário, Hume nos pede para

> (...) ir direto à capital ou ao centro dessas ciências, à natureza humana em si, da qual, sendo uma vez senhores, poderemos sempre contar com uma vitória fácil em outras partes (...). [Através da exposição] dos princípios da natureza humana, podemos, de fato, propor um completo sistema das ciências, criado em bases quase inteiramente novas, as únicas a propósito das quais se pode ter alguma certeza.

Aqui, Hume parece obedecer a todos os ditames do subjetivismo iluminista, transpondo a base da epistemologia para os ombros do sujeito, o homem, visto como uma entidade auto-suficiente. Além disso,

> (...) tendo em vista que a ciência do homem é a única base sólida para as outras ciências, a única fundamentação que podemos dar a essa ciência deve repousar sobre a experiência e a observação (T, xvi).[10]

9. Na Introdução (T, xiii), lemos: "Nada é mais comum e mais natural, para aqueles que pretendem descobrir algo de novo para o mundo da filosofia e das ciências, do que insinuar os louvores a seus próprios sistemas e execrar todos os que vieram antes deles." [Se nós, homens do século XVIII] "nos contentássemos em lamentar essa ignorância, que ainda ocultamos sob as questões mais importantes, que pode ser levada ao tribunal da razão humana, existem poucos, dentre os que têm conhecimento das ciências, que não concordariam prontamente com eles". [Mas] "É fácil, para quem tem discernimento e cultura, perceber a fragilidade da base até mesmo daqueles sistemas que obtiveram o mais alto crédito e levaram suas pretensões ao ponto mais alto, ao raciocínio exato e profundo. Princípios aceitos sem verificação prévia, conseqüências mal deduzidas deles, falta de coerência nas partes e de comprovação no todo – tudo isso se encontra disseminado nos sistemas dos mais importantes filósofos, e parece ter atraído o infortúnio para a própria filosofia." Hume execra o uso da retórica mediante o uso dela.

10. Além do mais, há certas precondições, ou esquemas estruturais, para que a liberdade se engaje em tal "experiência e observação", a saber, quando Hume verifica, no predomínio de autores ingleses e escoceses na recente ascensão dos estudos científicos da natureza humana, "um espaço de tolerância e liberdade". Isso implica que não somente existe a probabilidade de uma ligação direta entre os sistemas metafísicos de certeza absoluta e a política intolerante, mas que o mundo sociopolítico pode constranger vigorosamente as atividades de pensamento e reflexão que operam em seu interior.

Terceiro passo: a desconstrução do eu

Se a única base real em que podemos confiar é a da observação e da experiência, poderemos confiar que o eu ofereça um ponto de referência seguro e, assim, garantir o processo de observação e experiência? Para avaliar a resposta de Hume, iremos nos concentrar em um breve trecho do *Tratado*, a saber, a Seção VII do Livro I; a Conclusão desse livro, intitulada *Of the Understanding* [Do entendimento].

Hume inicia essas páginas como se fizesse uma pausa para tomar fôlego em meio a uma grande aventura; é um momento de reflexão – de voltar o ato do exame crítico para além do mundo observado, para o sujeito que faz a observação[11].

> Antes, porém, de lançar-me às imensas profundezas da filosofia que tenho à minha frente, vejo-me inclinado a parar por um momento em minha posição presente e refletir sobre a viagem que me propus fazer, e que sem dúvida requer o máximo engenho e esforço para poder chegar a uma feliz conclusão (T, 263).

Hume partiu, como sempre, de uma concepção racionalista do eu, mas desta vez apresentou de tal modo o fato de nossa confiança na idéia de um "eu" coerente que nos conscientizamos plenamente de que Hume não é um daqueles "infalíveis, para além da evidência de uma demonstração tanto de sua identidade quanto de sua simplicidade perfeitas" (T, 251).

Hume submete o conceito do eu ao teste da experiência e da observação; tenta chegar a seu próprio eu através de sua capacidade de observação, mas descobre ser isso impossível – não se encontra nenhuma impressão distinta que corresponda à noção da "mente" ou do "eu". Em vez disso, diz-nos o filósofo, "quando penetro mais profundamente naquilo que chamo de 'eu mesmo' (...) não consigo apreender outro *eu mesmo* além daquela série de percepções que estão presentes naquele momento" (T, 252). Portanto,

> (...) a mente é uma espécie de teatro em que, sucessivamente, diversas percepções fazem sua entrada; passam, voltam a passar, movem-se furtivamente e se misturam numa variedade infinita de posições e situações... Nela não há, propriamente, simplicidade num momento dado, nem identidade em outro (T, 253).

11. Tendo concluído seu "exame dos diversos sistemas de filosofia, tanto do mundo intelectual quanto do natural", chegou "o momento de se voltar para um exame mais minucioso de nosso tema e de haver-se com a acurada anatomia da natureza humana, tendo explicado plenamente a natureza de nossa capacidade crítica e nosso entendimento".

O eu não é uma entidade una e segura; ao contrário, é um espaço em que diferentes mensagens e impulsos vão e vêm. Não se trata, portanto, de uma base segura.

O RESULTADO DE NOSSA BUSCA PELA BASE DO SUJEITO INDIVIDUAL MODERNO É A INCERTEZA E A CONFUSÃO, EM VEZ DE UMA BASE SÓLIDA

A ausência dessa base segura em um eu autônomo coerente traz problemas de natureza política, pessoal e epistemológica.

Politicamente, por exemplo, se se considerar que o liberalismo tem início com a obra de Locke e Hobbes, ambos grosseiramente rotulados de empiristas, tal início depositou muita confiança na noção de consciência privada do indivíduo (uma concepção do eu) enquanto base sobre a qual se poderia moldar a entidade política do indivíduo autônomo[12].

Na ausência de tal segurança, como podem os indivíduos alcançar autenticidade de opinião ou desejo? Hume expõe sua própria experiência:

> Primeiro, fico assustado e confuso com aquela solidão lastimável em que sou colocado com minha filosofia, e vejo-me como um monstro estranho e solitário que, incapaz de misturar-se e viver em sociedade, foi banido de todas as relações humanas e partiu, totalmente abandonado e desolado... Ao olhar para os lados antevejo, por toda parte, controvérsia, contradição, raiva, calúnia e difamação. Ao olhar para dentro de mim, nada encontro além de dúvida e ignorância... De tão grande minha fraqueza, sinto que todas as minhas opiniões se enfraquecem e desmoronam quando não contam com a aprovação dos outros. Hesito a cada passo, e toda nova reflexão me faz temer a existência de um erro e absurdo em meu raciocínio (T, 264).

12. A medida que essa interpretação das considerações de Hume sobre o eu desestabiliza o legado lockiano pode ser vista ao contrastarmos seus efeitos com a síntese clássica de MacPherson (1962: 3): "O caráter possessivo do individualismo do século XVII encontrava-se em sua concepção do indivíduo como, essencialmente, o proprietário de sua própria pessoa ou suas aptidões, nada devendo à sociedade por sua posse. O indivíduo não era visto nem como um todo moral nem como parte de um todo social mais vasto, mas como um proprietário de si mesmo. A relação de propriedade, tendo-se tornado, para um número cada vez maior de homens, a relação de importância crucial para a determinação de sua verdadeira liberdade (...) foi inscrita na natureza do indivíduo. O indivíduo, pensava-se, é livre na medida em que é dono de sua pessoa e suas aptidões. A essência humana consiste em ser livre da dependência da vontade dos outros, e a liberdade é uma função da posse."

Recordemos que John Locke afirma que a razão de o homem ter criado a sociedade está na proteção daquilo que possui, e que, ainda assim, a base da propriedade privada consistia na interação entre um "eu" encerrado em si mesmo e os objetos do mundo: "Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, ainda assim todo homem detém a *propriedade* de sua própria *pessoa*. Esse joão-ninguém tem um direito exclusivo sobre si mesmo. Podemos dizer que o *trabalho* de seu corpo e a *obra* de suas mãos são propriamente seus. O que quer que ele tire do Estado, que tenha sido provido pela natureza e ali deixado, estará associado a seu trabalho e ligado a alguma coisa que lhe pertence, constituindo, portanto, sua *propriedade*" (Locke, *Segundo tratado*, seção 27).

Como na alegoria da caverna de Platão, Hume sente que só consegue descrever o problema de forma narrativa, perguntando:

> Posso estar seguro de que, ao abrir mão de todas as opiniões estabelecidas, estou seguindo a verdade? E que critérios usarei para percebê-la, ainda que a sorte viesse finalmente guiar-me os passos?

A narrativa de Hume não descreve um processo ao longo do qual somos guiados por um libertador – a deusa do sol ou o libertador dos grilhões da caverna – que nos leve ao encontro do ser da verdade; Hume oferece apenas a companhia da dúvida céptica. Em decorrência disso,

> Em seguida ao mais exato e preciso de meus raciocínios, não consigo oferecer razão alguma pela qual deva aceitá-lo; e nada sinto além de uma forte tendência a considerar, decididamente, os objetos de acordo com a concepção em que se me apresentaram (T, 266).

Os únicos guias são a experiência e o hábito. Mas esses guias nos perturbam e levam a perceber como o ridículo o nosso desejo de encontrar "o princípio original e último" que foi "nosso objetivo em todos os nossos estudos e reflexões".

> Quão decepcionados ficamos quando nos damos conta de que essa conexão, ligação ou energia encontra-se tão-somente em nós mesmos, e nada mais é que a determinação da mente, que se adquire pelo hábito... (T, 266).

Queremos acreditar na existência de princípios fundamentais que residem em algum domínio que nos é extrínseco; contudo, ao analisarmos essa crença "ou nos contradizemos ou dizemos coisas sem sentido". O sentido que encontramos nas palavras não provém de algum domínio puro de essências platônicas, nem da mente divina, mas das lutas de nosso próprio intelecto.

Trata-se de uma afirmação espantosa, pois ameaça subverter tradições inteiras ao despojá-las de suas bases. Hume diz que a dificuldade não é percebida na vida cotidiana; ao contrário, deparamo-nos com ela quando se trata de "entender quando age sozinha e de acordo com seus princípios mais gerais". Quando somos absolutos na busca da racionalidade, ela "subverte-se totalmente, não deixando o menor sinal de sua existência em nenhuma proposição significativa, tanto na filosofia quanto na vida cotidiana". Em última análise,

> Não ficamos, portanto, com opção alguma a não ser aquela que se dá entre uma razão falsa e razão nenhuma (...). Não sei o que se deve fazer (...). Posso apenas observar o que é comumente feito, isto é, que essa dificuldade é raramente, ou nunca, objeto de reflexão(...) (T, 268).

Os fatores análogos do subjetivismo e da busca conscienciosa de uma base racional para nossas crenças consumaram agora sua vingança. O resultado é o caos intelectual, a multiplicidade de impressões sem nenhum sentido aparente.

> Estou pronto a rejeitar toda crença e raciocínio, e não considero opinião alguma, nem mesmo para percebê-la como mais provável ou verossímil. Onde estou, ou o que sou? De que causas derivo minha existência, e a que estado retornarei? Que favores tentarei obter, e que ira devo temer? Que seres me cercam, a quem influencio ou por quem me deixo influenciar? Todas essas questões me confundem, e começo a ver-me no mais deplorável dos estados, mergulhado na mais profunda escuridão e totalmente privado do uso de qualquer membro ou faculdade (T, 269).

SUPERAR O VAZIO SUBJACENTE AO NOVO COMEÇO DA MODERNIDADE

É assim que Hume descreve, com grande eloqüência, a crise de fundamentos ou fundamentabilidade. Procuramos uma posição absoluta que garanta os cálculos que irão constituir os fundamentos intelectuais das instituições verdadeiramente modernas, mas não encontramos a certeza. Estaremos condenados ao fracasso? Hume consegue apenas sintetizar:

> É auspicioso, portanto, que a natureza consiga dobrar a tempo a força de todos os argumentos cépticos, impedindo que exerçam qualquer influência considerável sobre a razão (T, 186-7).

A "natureza" intervém no derradeiro momento de absurdo metafísico, desfazendo a tensão tanto ao diminuir a intensidade do dilema quanto ao transferir a atenção para preocupações mais práticas. Hume volta para os jantares, o gamão e as conversas com amigos. Encontra-se "absoluta e necessariamente determinado a viver, conversar e agir como as outras pessoas nos afazeres da vida comum".

Essa volta à vida comum e o psicologismo que parece sustentá-la fornecem o ponto de partida em que, como acreditam muitos, Hume desespera da razão e reduz as esperanças em uma nova ordem social à esperança no "fluxo da natureza", ou no fluxo natural das interações involuntárias do homem. Hume parece dizer que, se tentarmos controlar o mundo racionalmente e planejar utopias futuras, ou uma sociedade justa, estaremos condenados à incoerência intelectual; em vez disso, nossos objetivos devem restringir-se à experiência e à observação, elas mesmas dependentes de uma confiança (não-racional) no funcionamento natural do mundo.

Isso funda uma tradição conservadora no sentido de que parece oferecer uma fé no funcionalismo natural, na qual a fé metafísica em Deus é substituída pela fé no funcionamento natural das instituições e da interação progressiva. Em termos políticos e econômicos, é melhor deixar o mundo aos cuidados da ordenação espontânea ou da mão oculta do mercado, que irá então avaliar os valores, em vez de tentar impor nossas estruturas racionais. Em filosofia, o desenvolvimento subseqüente da epistemologia consiste, em grande parte, de respostas a Hume que tentam se contrapor à idéia de um vazio ou de um abismo que subjaz a nossas tentativas de encontrar uma base intelectual segura para a modernidade. Os que acreditavam no poder da razão pura encontraram seus partidários em Kant[13] (ver capítulo 6 deste livro) e Hegel (ver capítulo 7 deste livro), enquanto Nietzsche[14] (ver capítulo 11) situou essa crise no centro mesmo de sua obra.

Essa questão ocupa o centro da chamada crise das ciências sociais na modernidade tardia ou na pós-modernidade. Na época de Hume, era conhecido como o argumento de que, sem Deus, não haveria como assegurar nossa separação entre o bem e o mal e, em última análise, nada que desse à vida humana um significado sólido; o niilismo ameaçava[15]. E continua sendo assim; como contrapor-se a esse

---

13. Para Kant, Hume havia falhado ao não desconfiar da existência de uma ciência pura da razão. Ele "levou seu barco para terra firme, por segurança, atracando no ceticismo, e ali o deixou ficar e apodrecer; no que me diz respeito, tenho por objetivo conseguir-lhe um timoneiro que, por meio de princípios astronômicos extraídos do conhecimento do globo terrestre, e munido de uma bússola e uma carta marinha, possa dar-lhe rumo certo" (1902: 9).

A narrativa de Kant segue a terminologia de Hume, mas transforma a rocha estéril do ceticismo numa "ilha cercada pela própria natureza, com limites inalteráveis. É a terra da verdade – palavra encantadora – cercada por um vasto oceano tempestuoso, a terra natal da ilusão onde mais de um banco de bruma e mais de um *iceberg* em rápido derretimento criam a aparência ilusória de praias mais à frente, enchendo o marinheiro intrépido de falsas esperanças e levando-o a tomar iniciativas que não lhe permitem voltar atrás, mas que ele também não pode consumar" (1965: 257). O próprio sistema de Kant também deve enfrentar crises inevitáveis, ocorrência que "não podemos ignorar, mas tampouco tolerar. Toda sustentação nos falta, aqui, e a maior perfeição, não menos que a menor perfeição, é insubstancial e infundada para a razão puramente especulativa, que não faz o menor esforço para reter nem uma nem outra e, na verdade, não sente privação alguma ao permitir que se desvaneçam por inteiro" (1965: 513). Por fim: "A coisa em si é, de fato, dada, mas não podemos ter discernimento algum de sua natureza" (1965: 514).

14. Em sua réplica implícita a Hume, Nietzsche afirma que o desejo de retornar da crise à vida comum nada mais era que um dos sintomas da fragilidade humana; um sintoma de nossa incapacidade de contar com nós mesmos, uma recusa em admitir que somos sós enquanto indivíduos, devendo, portanto, arcar com o ônus de nossa solidão; uma incapacidade de afirmar nossa vontade individual como o fundamento último de todas as coisas, e de se dar conta de que somos centrados em nós mesmos, e não constrangidos por qualquer ordem externa de coisas. A solução nietzschiana transforma a corrente da natureza de Hume em "uma vontade interior" que ele "chama de'vontade de potência'". Com base em uma crítica de Kant, Nietzsche nos diz: "o ponto sensível da filosofia crítica de Kant tornou-se gradualmente visível até mesmo a olhos cansados: Kant não mais tem direito a sua distinção entre "aparência" e "coisa em si" (1967: 300). Pragmaticamente, Nietzsche sustenta que "as categorias só são 'verdades' no sentido de que são condições de vida para nós: como o espaço euclidiano é uma'verdade' condicional" (1967: 278). A imagem do abismo está sempre presente em Nietzsche – é a lembrança que estimula Zaratustra em sua mensagem de que o jogo da vida deve continuar para além dessa suspensão. Uma mensagem que continuamente rompe o impasse da falta de maior análise do "fato" de que "o critério da verdade reside na intensificação do sentimento de poder" (1967: 290).

15. Quando Hume agonizava com câncer no intestino, o ensaísta Boswell fez-lhe uma visita com a esperança de, finalmente, encontrá-lo disposto a admitir a existência de Deus. A paciência e a resistên-

niilismo? Hume parecia defender uma aceitação estóica de algum fluxo natural que subjaz ao mistério último da vida. Considera-se que o argumento contrário de Nietzsche – ter a coragem de criar nossas próprias "verdades" – leva à criação de projetos irracionais. Uma solução pragmática alternativa é a do Wittgenstein das últimas obras, que admite que nunca chegaremos a uma base de verdade absoluta, razão pela qual devemos simplesmente atuar com base em um ou outro sistema. Em *Sobre a certeza*, Wittgenstein afirma:

> Todo teste, toda confirmação e contestação de uma hipótese já ocorrem no interior de um sistema. E esse sistema não é um ponto de partida mais ou menos arbitrário e duvidoso de todos os nossos argumentos; na verdade, pertence à essência daquilo que chamamos de argumento. O sistema não é tanto o ponto de partida quanto o é o elemento em que os argumentos têm sua existência (1969: 16).

O PRAGMATISMO DA VOLTA DE HUME À VIDA COMUM

Essa máxima parece muito próxima da volta de Hume à vida comum. O preceito humiano de que a filosofia não deve apartar-se da "rude mistura terrena" da vida comum não significa, porém, que tudo que podemos fazer se resume a analisar as regras e viver segundo seus ditames, como parece pensar Wittgenstein (e, admitamos, como era a política conservadora cuja "justiça" Hume afirmava). Afinal, ainda que o pensamento e a filosofia devam começar pela vida comum, depois do retorno a esse tipo de vida devemos reconhecer que

> (...) não podemos oferecer razão alguma para nossos princípios mais gerais e refinados além de nossa experiência de sua realidade, que é a razão do meramente vulgar e que, para ser descoberta, não exige de início nenhum estudo (T, xviii).

Contudo, nossa aceitação do funcionamento natural do mundo é moderada; David Faith Norton chama-a de naturalismo moderado, como circunstância concomitante ao cepticismo moderado de Hume. O cepticismo é uma decisão moral; precisamos desenvolver um distanciamento crítico das afirmações de poder. Como Hume afirma na introdução do *Tratado*, essa decisão não é tomada pelos que defendem os "sistemas filosóficos modernos" – ao contrário, eles impõem "suas conjeturas e hipóteses ao mundo por meio dos sistemas mais exatos" (T, xviii). A atitude ideal diante de tais afirmações é a postura cética – mas esta deve ser guiada por uma compreensão de seu papel social. Em outras palavras, o ceticismo epistemo-

cia estóicas com que Hume se recusava a transigir em sua posição diante da morte deixou Boswell em profundo desalento. Nem mesmo várias garrafas de vinho do Porto e a visita a uma prostituta conseguiram melhorar o mau humor de Boswell!

lógico deve ter responsabilidade social. Deve coexistir com os bens sociais[16]. Essa volta à vida comum não é irracional, mas eminentemente racional; é racional basear nossa vida e nossa argumentação intelectual nas narrativas do mundo social, exemplificado, para Hume, pela inserção moral. Contudo, as alegações dos que participam da vida comum podem, elas mesmas, estar sujeitas a um ceticismo moderado apropriado a tal vida.

Assim, devemos impor as narrativas do mundo social, pois devem servir tanto de estrutura para nossas aspirações quanto para os adversários dialógicos de nossas atividades. Minha existência social não só me coloca em interação social com um círculo coexistente de contemporâneos em determinada posição geoeconômica, mas também me associa a uma forma peculiar de continuidade temporal, uma existência em coordenadas de tempo/espaço mediada pela lembrança do passado, fortemente sentida por Hume na esfera do costume, que vai de antecessores a sucessores. É uma seqüência que extrapola os limites de minha vida, tanto no passado que antecede meu nascimento quanto no futuro, para além de minha morte.

O PAPEL DA MEMÓRIA E DAS NARRATIVAS DA VIDA SOCIAL

Hume resolveu essa instabilidade do eu postulando um papel ativo para a memória. A memória permite que a imaginação configure uma série de percepções, em forma de uma unidade capaz de criar uma ficção do eu, através das quais podemos ordenar apresentações que de outro modo seriam caóticas. A ficção do eu é produto da memória, por intermédio da faculdade da lembrança e da reflexão sobre nossas percepções passadas, que as representam como totalmente interligadas por uma rede de relações. Através desse ato de lembrança e criação ficcional, a memória transforma "um feixe ou um conjunto de diferentes percepções" na ficção que nos dá uma noção ou uma idéia que representa diferentes percepções em forma de uma entidade padronizada que é a única possibilidade de identidade contínua de que dispomos. Que tipo de presença, então, tem o eu? Hume enfatiza que, apesar de essa crença no eu ser uma "crença natural", e portanto exigida pelo funcionamento da natureza, é "uma confusão e um erro" afirmar que equivale a uma identidade pessoal real (T, 254). Além disso, a ficção do eu tem outra função, pois quando não a utilizamos "tendemos a imaginar alguma coisa desconhecida e misteriosa". Em outras palavras, o uso da ficção do eu e o reconhecimento reflexivo de que se trata de uma ficção salva-nos da armadilha da metafísica, isto é, do entusiasmo de erigir uma estrutura sobre uma base falsamente enunciada como verdadeira.

16. Aqui, Hume mostra-se bastante conservador ao entender a contínua jornada do indivíduo inteligente como algo que defende as tradições correntes da época; da mesma forma, suas posições moralistas não céticas têm algo daquilo que Hume apresenta como a narrativa apropriada ao progresso intelectual.

Às vezes se pensa que Hume vê a memória como um processo passivo – como um mero conjunto de impressões atenuadas de objetos –, mas ele faz amplo uso do processo ativo da narração, e da memória como um instrumento interativo. Narrar é dar sentido a entidades, na vida, através da atribuição de sentido a eventos, como na apresentação de uma história, contendo, talvez, a imposição de uma forma a eventos do passado que, de outra maneira, eles não possuem. A narração é essencialmente um processo ativo. Hume usa a narração de dois modos.

Primeiro, usa-a como um elemento essencial de interação social em menor escala por meio do qual se confere sentido a impressões que, de outro modo, seriam apenas relações de quantidade – na verdade, como precondição para grande parte da causação dessas atribuições quantitativas. Assim, a receptividade do indivíduo a seu meio social é ligada a seu conceito do "eu" e dos "outros", que são produtos de suas lembranças sociais e de outra natureza, e de conjuntos de padrões de comportamento significativos que ele absorveu através da comunicação com outras pessoas. Esses padrões incluem as idéias que uma pessoa recebe a propósito das opiniões que os outros têm dela e de seus atos – uma característica que Hume torna central à idéia de reputação. Esta é, para Hume, uma causa das paixões de orgulho e humildade; ele a chama de secundária, mas em termos práticos é a mais importante (T, 316-7)[17]. Fora da sociedade, e no contexto da especulação metafísica independente, a metodologia científica da objetificação do sujeito priva o eu de significado. Estar dentro da sociedade, porém, significa ser suscetível a outras causalidades (influências) não apreensíveis nos termos de uma relação objeto-sujeito independente. Além do mais, estas reforçam, mais do que contrariam, as descobertas estruturais da natureza humana, pois, como não existe o eu humano distinto, não pode haver humanidade pré-social – uma vez que não existe mente individual distinta, mas apenas percepções associadas em diferentes padrões, a identidade individual é algo fortemente determinado a partir da experiência social, inclusive de hábitos mentais socialmente infundidos e da interpretação de ações, isto é, formas de conhecimento narrativo das relações do mundo social[18].

17. A idéia de reputação é colocada lado a lado com as idéias de caráter e nome, todas as quais, do modo como Hume as empregava no contexto de sua psicologia moral, implicam um forte conceito de auto-identidade. Mas o contexto dessas considerações, em oposição ao contexto da análise destrutiva na partes iniciais do Livro I, é a vida social.

18. A realidade social de identidade, contida na existência social do caráter e do nome, da virtude, do orgulho e da humildade, é algo cuja presente existência depende do entendimento derivado das associações e interações interpessoais das relações de vida. O indivíduo mantém seu caráter e seu nome ao comportar-se de sua maneira habitual. Através de sua atividade costumeira, de seus sentimentos condicionados e de suas reações a estímulos, a continuidade de sua reputação social prossegue em forma de identidade inscrita. Os conjuntos das impressões de sua atividade vão configurar-se ou no caráter de um homem honesto, um homem íntegro ou, alternativamente, pelos atos de memória social recebida e formada por testemunho, preceito, entendimento habitual e outros modos de comunicação social. O testemunho e as opiniões dos outros são parte do "feixe de percepções" geral, mas também ajudam a estruturar essas percepções e dar-lhe coerência. Por meio da solidariedade, entendida em termos comunicativos, o indivíduo se coloca sempre em relações interpessoais que lhe permitem ver a si mesmo como um participante dessas relações, cujos significados essenciais não podem ser fixos quer a partir da perspectiva de uma certa exterioridade, quer de alguma intuição absoluta, mas que dependem do desempenho de sua interação. Em todos os escritos de Hume, predomina o absurdo de concepções absolutamente novas fazerem sentido nas relações sociais. A mente simplesmente as rejeita. E assim é que as imputações de caráter se baseiam em elementos de compreensão social já existentes, e deles dependem. A isso podemos chamar de narrativas da vida social – essas conjunções de palavras e expressões que nos dizem que tal e tal atividade é apropriada a tal e tal ocasião, e que significam que a mente só tem impressões confortáveis quando nos deixamos guiar pelas narrativas, e perturbadoras quando as narrativas se fragmentam, ou quando o comportamento que encontramos entra em choque com a narrativa esperada.

Em segundo lugar, a estrutura desses escritos ocorre geralmente em forma narrativa. A metáfora central é a de uma viagem. Com coerência, Hume oferece mais do que mera crônica – apresenta uma narrativa ágil na qual fica implícito que todos os "eventos", mesmo quando tidos em conta de fatos reais do passado, revelam sua falta de auto-interpretação. Não podemos aludir aos eventos enquanto tais, mas somente aos que são descritos, e a descrição é uma função da narrativa configurada pelos eventos. Afinal, Hume introduz seus diferentes exemplos com descrições significativas que dão coerência à realidade cotidiana ao permeá-la com uma narrativa – o tema de um exemplo fundamental é o de "uma pessoa que interrompeu sua viagem ao encontrar um rio em seu caminho". A autenticidade de Hume está no desenvolvimento e no apuro de suas narrativas que apresentam o processo de fazer filosofia e analisar o papel do entendimento nos assuntos humanos[19].

O ARGUMENTO PARA SE DELIMITAR FATOS E VALORES E CRIAR UMA IDÉIA DE RELAÇÕES MORAIS BASEADA EM NOSSO CONHECIMENTO DOS FATOS REAIS DA HISTÓRIA NATURAL E DO FUNCIONAMENTO DO MUNDO

> Em todo sistema de moral com que me deparei até hoje, sempre observei que o autor observa por algum tempo a maneira tradicional de raciocinar, e estabelece a entidade de um Deus ou faz observações relativas aos assuntos humanos; de repente, surpreendo-me ao constatar que, em vez das junções habituais de proposições, "é" e "não é", não encontro nenhuma proposição que não esteja associada a um "deve", ou a um "não deve". Apesar de imperceptível, essa mudança é de conseqüência decisiva porque, como esse "deve" ou "não deve" exprime alguma nova relação ou afirmação, é necessário que fosse observado e explicado; e, ao mesmo tempo, que se oferecesse uma razão para o que parece totalmente inconcebível: como essa nova relação pode ser

19. Em seu livro *After Virtue*, depois de introduzir a perspectiva do agente humano como ator em e autor de sua própria história, Alasdair MacIntyre enuncia logo a seguir a sociabilidade essencial desse fenômeno: "Não somos nunca mais (e às vezes menos) do que os co-autores de nossas próprias narrativas" (1982: 199).

uma dedução de outras que dela diferem por completo. Porém, como os autores geralmente não tomam essa precaução, recomendo-a eu aos leitores, e estou convencido de que essa pequena atenção subverteria todos os sistemas comuns de moral, e certifiquemo-nos de que a distinção entre vício e virtude não tenha por base apenas a relação entre objetos, nem seja percebida pela razão (T, 469).

Portanto, Hume subverte a tese ontológica do direito natural tradicional. Sua mensagem é simples – questões de fato e questões de valor são esferas distintas. Não se pode inferir um "deve" a partir de um "é". O conhecimento sobre o atual estado de alguma coisa não nos diz como ela deve ser. Contudo, argumenta Hume, essa distinção não costuma ser estabelecida.

Hume afirmava ser possível substituir a base transcendental e religiosa da obrigação por uma "base natural", ou por uma compreensão do funcionamento natural dos sentimentos[20]. Com o tempo, o *conhecimento científico dos sentimentos* morais, isto é, um conhecimento de psicologia e da composição natural do homem e seu meio ambiente, poderia racionalizar o poder da religião sobre a opinião pública e substituí-lo. O homem não deveria voltar-se para a razão abstrata, mas sim reconhecer a orientação inerente a suas paixões e seu desejo naturais. Afinal, são esses que estruturaram a sociedade civil, e precisamos compreendê-los bem para usar esse entendimento como guia das instituições da sociedade civil e política[21].

Assim, a análise empírica deve estruturar a esfera da imaginação; além disso, as indagações do homem não devem voltar-se para a formulação de concepções do "todo"; deve, antes, concentrar-se em situações da vida comum e buscar o conhecimento que se pode extrair de tal orientação. A "verdadeira" filosofia não está interessada em oferecer teorias de total abrangência; na verdade, pode apenas concentrar-se na aparência empírica, e não planeja contar a história toda; afirma deixar o mundo, em última análise, como um mistério. Como Hume afirma na conclusão da *Natural History of Religion* [História natural da religião],

> O todo é um enigma, uma charada, um mistério inexplicável. A dúvida, a incerteza e a suspensão do julgamento parecem ser o único resultado de nosso mais apurado exame desse assunto.

20. Hume deixa claro que sua iniciativa contraria implicitamente certas formas de poder, em particular o religioso. Em seus *Diálogos*, sustenta que o verdadeiro uso da religião consistia em aproveitar-se da situação psicológica nas quais "razões de moral e justiça [precisam de apoio racional], mas que a natureza força o homem a instituir a religião como um "princípio independente", o que inevitavelmente se torna "apenas um disfarce da parcialidade e da ambição" (D, 114-5).

21. Nos termos do amigo de Hume, Adam Smith, tanto nossa sobrevivência quanto nosso potencial para a felicidade não têm sido "confiados às lentas e incertas determinações de nossa razão (...), [mas sim aos] instintos originais e imediatos". A ciência dos sentimentos morais pode colocar a questão da obrigação em bases estritamente "empíricas". Como Adam Smith especifica, a questão agora "não diz respeito a uma questão de direito, se assim posso dizer, mas a uma questão de fato" (1976: 114-5).

Em certo sentido, porém, trata-se de um falso "mistério", pois Hume cria uma noção para preencher esse vazio: foi a própria "natureza" que escapou da armadilha da reflexividade ao acercar-se do abismo da razão – o que é, então, essa natureza, e como é tão poderosa?

A SUPOSIÇÃO DE UMA NATUREZA BENÉFICA QUE FUNCIONA POR MEIO DO ACÚMULO GRADUAL

A idéia de "causas e mecanismos secretos" da vida social implica que temos o potencial de pôr a descoberto os modos de operação de um determinismo subjacente[22], e essa concepção evoca uma mudança de nossa atitude para com o mundo – nossa anterior "admiração" supersticiosa pela ordem natural das coisas é substituída por uma relação mais mundana que vê todos os objetos simplesmente como itens regidos por relações de causa e efeito. O respeito ou o temor religioso é destituído; somente a fragilidade de nossos instrumentos conceituais e investigativos nos impedem de revelar os mecanismos operacionais da natureza[23].

O que é, então, o homem? Será ele uma entidade naturalmente determinada? Que dizer do livre-arbítrio? A liberdade e a necessidade reconciliam-se como diferentes lados da mesma moeda: a determinação da vontade por motivos. Estes, por sua parte, são apresentados como entidades causais que operam dentro da realidade dos eventos. Os motivos são fatores dentro do padrão de causalidade empírica; o homem é parte do fluxo do mundo, e o mundo deve ser naturalisticamente concebido[24]. Simplesmente, não existe nada fora do mundo que possa ser mantido es-

22. "As ações da matéria devem ser vistas como exemplos de ações necessárias e, a esse respeito, tudo que estiver nas mesmas condições da matéria deve ser reconhecido como necessário" (T, 410). Além disso, "na comunicação de seu movimento, em sua atração e coesão mútuas, não há os menores indícios de indiferença ou liberdade. Todo objeto é delimitado, por um destino absoluto, a um certo grau de direção de seu movimento, e não pode mais desviar-se dessa linha precisa na qual se move, tanto quanto não pode transformar-se em um anjo, um espírito ou uma substância superior" (T, 400).

23. Ao aplicar isso à personalidade humana, Hume parece confiante "em uma vitória total (...), tendo provado que todos os atos da vontade têm causas particulares" (T, 412). O entendimento da natureza humana é visto como a aplicação das lições das ciências físicas que haviam sido dadas por Bacon. O princípio causal é portanto central, e se houver um erro em tal princípio não teremos certeza do conhecimento; contudo, se o princípio causal for independente do desejo subjetivo, podemos aspirar a uma expansão do conhecimento e a um sólido progresso na ordenação dos assuntos humanos. Primeiro, Hume coloca o princípio causal sob um ataque cético, mas finalmente afirma que esse princípio está a salvo do ceticismo, uma vez que não se funda na razão, mas na "natureza"; a estrutura do mundo não se ergue sobre as verdades da razão, mas é uma massa variável de entidades em interação, obedecendo, em última análise, apenas ao fluxo de causalidade.

24. Donald Livingston observa que "o sistema definitivo que Hume adota oficialmente é puro teísmo". Livingston assinala, contudo, que não se trata do teísmo religioso tradicional. (*The Natural History of Religion*, H. E. Root (org.), Adam and Charles Black, Londres, 1956 – referido no texto como *Natural History*, seguido pelo número da página – havia dado uma explicação da crença religiosa do ho-

tável e, desse modo, constituir a estrutura de referência fundamental para que possamos entender e ordenar as instâncias particulares; ao contrário, os princípios da ciência – o princípio causal, por exemplo – desempenham essa função, e confere-se sentido ao mundo através da observação dos fenômenos aliada ao uso permanente desse princípio. Essa conclusão do problema de fundamentação da modernidade – o naturalismo científico – deveria levar as pessoas à valorização da modéstia intelectual, estimulando-as a moderar seu entusiasmo e atenuar suas expectativas; expectativas de outro modo indevidamente despertadas pelas ficções.

Como resume Livingstone (1988), Hume apresenta um quadro em que a autoridade e, por sua vez, a ordem social, mantêm-se unidas pelas muitas e diferentes manifestações da consciência social dos indivíduos e pela estrutura narrativa do todo social. Assim, os padrões sociais e políticos existem como uma confluência temporal entre experiências e ambições futuras e passadas. Idéias e motivos são posicionados pela evocação narrativa do passado. Como elementos contrários aos argumentos em favor das essências atemporais do direito natural e das posições do contrato social então vigentes, Hume vê os padrões narrativos que constituem a ordem política e social corrente como uma mistura do tradicional e do contingente; não se trata dos objetos da razão "autônoma".

Essa confiança na técnica narrativa significa que Hume freqüentemente mistura a prescrição descritiva com a confidencial[25]. O indivíduo só tem uma esfera limitada de interesse político; o modelo da antiga *pólis* não é algo a que possamos aspirar. A crítica humiana dos argumentos em favor de uma *pólis* reconstituída é apresentada como fundamentalmente epistemológica: os que a recomendam produzem visões ideais saídas do vôo abstrato da razão, no qual

mem, vendo-a como resultado de necessidade psicológica.) Com base na observação da complexidade do mundo, somos levados a acreditar que existe algum propósito ou desígnio, e a partir daí somos levados à idéia de uma inteligência que é "una e indivisa". Portanto: "Mesmo as adversidades da natureza, ao se mostrarem por toda parte, tornam-se provas de algum plano coerente e estabelecem uma unidade de propósito ou intenção, por mais inexplicável e incompreensível que possa ser" (*Natural History* 74, citado em Livingston (1988). Livingston afirma que "o conhecimento científico avançado poderia ruir sem essa crença", vendo nisso "um novo *insight* especificamente humiano". Enquanto "Newton, Boyle e outros haviam argumentado que o raciocínio científico pode fornecer bases independentes para a crença em um autor inteligente supremo, Hume argumenta em sentido contrário: para ele, a crença em um autor inteligente supremo é que serve de base para o pensamento científico" (*ibid*: 179).

25. O programa de moderação política, um programa para uma certa confiança no hábito, no costume, na prudência e reserva diante do raciocínio, e numa postura crítica diante de toda afirmação não evidente, equivale a um programa derivado da análise humiana da natureza do mundo. Ou é esse o caso, ou a postura normativa de Hume não é mais que a origem de uma tradição de modernidade, o fundamento último daquilo que constitui um ato ponderado de opção filosófica. Veja-se que Hume não incorre nas premissas lógicas de sua armadilha do "é" – "deve ser". Ele não fundamenta sua postura normativa na posse de um certo número de verdades absolutas em sentido positivo. De fato, sua posição deriva da crise cética que envolve a ausência de tais verdades, mas a partir daí ele oferece uma solução que, em si mesma, deve equivaler a alguma forma de direito a uma "verdade da metanarrativa empirista de Hume".

> todo homem concebia o modelo de uma república; e, por mais novo ou fantástico que fosse, ficava ansioso por recomendá-lo a seus concidadãos, ou mesmo por impô-lo pela força (*The History of England*, Oxford, 1826, vol. vii: 136).[26]

Por conseguinte, na *Investigação* Hume se refere aos *levellers** como "um tipo de fanáticos políticos provenientes de espécies religiosas". Precisamos de uma consciência política baseada em um estudo apropriado da história natural. Nem todos podem, pessoalmente, participar do processo político – em vez disso, devemos buscar a representação constitucional –, e precisamos de regras de justiça (de direito) abrangentes, que estabeleçam uma sólida autoridade. As paixões do homem são capazes de induzi-lo a muitos sentimentos conflitantes, sujeitos a uma repetição ordenada (ao controle do direito). O direito, por sua vez, é mais justo quando reflete em seu desenvolvimento as estruturas do hábito e do costume – seu papel básico na vida normal é a proteção às regras de propriedade e o fortalecimento do respeito e da reciprocidade mútuos. Quando o homem se afasta da coibição do costume e da tradição, o controle pelo direito é crucial. Como diz Hume nas *Investigações*:

> boas leis podem gerar ordem e moderação no governo em que a educação e os costumes instituíram pouca humanidade ou justiça no temperamento dos homens.

A liberdade, o comércio e o progresso no "bem-estar" social das artes e da ciência só podem existir no Estado ordenado que se pode criar por meio de leis justas que sustentam a autoridade do governo e incorporam a lealdade natural do povo. Além disso, a felicidade privada, garantida pelo cultivo das virtudes privadas, só pode existir em decorrência dessas bases cívicas. Contudo, para Hume a estabilidade política estava em risco devido à exposição a correntes sociais metafísicas que estavam em desacordo com a manutenção da estabilidade política e das regras de justiça[27].

26. A essência desse argumento é reproduzida por Popper (1945) em *The Open Society and its Enemies*.

* Facção radical de partidários do igualitarismo que, liderados por John Lilburne, tiveram forte atuação política na Inglaterra entre 1645 e 1649. (N. do T.)

27. A liberdade individual pode ser mais bem assegurada ao se esclarecer a relação entre os mundos público e privado em que os indivíduos se encontram. Não devemos esperar demais das promessas do público, pois, se fôssemos incorrer na falácia de depositar nossos medos e esperanças no domínio público externo da política de Estado, estaríamos correndo o risco de perder o controle moral que exercemos sobre nossas próprias vidas e nossa felicidade. Não era papel do governo instruir a propósito da formulação ética ideal da ordem social; ao contrário, o verdadeiro papel do Estado deveria ser o de reagir às necessidades funcionais do corpo social natural e ajudar a fomentá-lo – obedecer aos imperativos da operação empírica e do desejo naturalista.

NOSSA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DEVERIA ERIGIR-SE A PARTIR DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA SE DESENVOLVER A SOCIEDADE TENDO EM VISTA A CONDIÇÃO NATURAL DO HOMEM

Deve a humanidade sonhar com uma sociedade perfeita? De novo, Hume exorta à modéstia. O movimento e a reforma gradual são possíveis, mas o mesmo não se pode dizer da perfeição por meio da revolução ou de outros eventos. É assim que "os homens devem, portanto, tentar resolver com paliativos aquilo que não podem curar". A estrutura da ordem social contemporânea (isto é, as regras bastante rígidas da justiça) é necessária devido a certos traços empíricos da condição humana. Em especial, a escassez de meios naturais para a provisão do homem; o fato de que o ser humano é limitado em sua generosidade; a dureza da vida social, porém, é atenuada por sentimentos de solidariedade:

> Se todo homem tivesse mais afeição por seu semelhante, ou se a natureza satisfizesse, em abundância, todos os nossos desejos e necessidades, [então] o ciúme por interesse, que a justiça pressupõe, deixaria de existir; [tampouco, diz Hume, haveria a necessidade de que as regras de propriedade *per se*] (...) nos levassem a aumentar a benevolência dos homens, ou a generosidade da natureza; tornaríamos a justiça inútil ao ocupar seu lugar com virtudes mais nobres e benefícios mais valiosos (T, 494).

Se pudéssemos substituir a escassez material pela abundância,

> (...) ou se todos dedicassem aos outros a mesma atenção e afeição que dedicam a si próprios, a justiça e a injustiça seriam igualmente desconhecidas entre os homens (T, 485).

A solução racionalista do problema da justiça consistia simplesmente em criar soluções a partir das "fantasias da imaginação", mas desse modo o homem não teria nem segurança nem realidade. Devemos nos distanciar das elaborações dos racionalistas, "olhar em todas as direções do mundo" e assentar nossas aspirações políticas e sociais sobre as bases reais e empiricamente operacionais da autoridade. A autoridade não pode pretender justificar-se pela evocação de uma essência racionalistamente definida, mas sim pelas ações observáveis no movimento natural da sociedade. Precisamos do conhecimento da integração funcional em que

> a felicidade e a prosperidade do homem [sejam como] um muro erguido por muitas mãos, que continue a erguer-se a cada pedra que lhe seja acrescentada (...). [A sociedade deve ser um edifício de felicidade] erguido pela virtude social da justiça (...), a construção de uma abóbada na qual cada pedra desmoronasse [sem] a ajuda e a combinação mútuas de suas partes correspondentes (I, 304-5).

Esse edifício lentamente construído, a própria existência social do homem, é frágil e sua construção se dá ao longo do tempo. Dentro dele a vida, a vida social progressiva da modernidade, não é tanto uma questão de participação "ética" numa estrutura comum e abrangente de identidade social, mas sim um processo de indiferença intencional por parte dos indivíduos, processo que evita grandes reivindicações universais e estilos políticos semelhantes. Movimentos sociais como o dos *levellers* – que propunham a intervenção do Estado nas questões de alocação da propriedade e uma política moldada na participação em uma república reconstituída, do gênero *polis* – ofereciam visões utópicas de uma democracia radical pela qual Hume sentia uma profunda aversão. Primeiro, pensava Hume, a epistemologia dos *levellers* estava errada, e não apenas isso: era também desnecessária. Precisamos excluir o motivo do racionalismo de quaisquer estratégias legítimas. Segundo, devemos ser cautelosos diante da retórica do progresso e da utopia. Ainda que se pudesse compartilhar uma certa fé "progressista" no homem em momentos de otimismo, a mudança implicava grandes perigos; precisamos da tradição e da autoridade.

Em vez de exortações otimistas e impetuosas à participação e à liberdade, a resposta de Hume pode ser retrospectivamente sintetizada em uma palavra: institucionalismo. O institucionalismo representava a vitória gradual da moderação política; a negação do fanatismo da política partidária e um processo que conservava alguns mecanismos de antigas estratégias de legitimização da autoridade, uma vez que colocava o dever fundamental do cidadão exclusivamente em termos da manutenção das regras de justiça: em particular, das regras de propriedade e dos direitos jurídicos estabelecidos dos cidadãos.

AS INSTITUIÇÕES SOCIAIS DISCIPLINAM A HUMANIDADE AO LHE CONFERIR HÁBITOS ESTÁVEIS DE COMPORTAMENTO

Os atos, as crenças e o poder político humanos precisam ser regulados, posicionados, inseridos em estruturas e situados em um contexto de regras e expectativas padronizadas. Em sentido amplo, o comportamento ("moral") aceitável só é possível dentro de uma sociedade estruturada e, combinado com o que Hume chama de "princípio de parcimônia" (significando, aqui, que temos uma disposição natural a respeitar a autoridade estabelecida e a ser moderados em nosso entusiasmo político), que cria estruturas sistemáticas para a vida social, irá permitir que haja estabilidade social.

Como vemos no Livro III do *Tratado*, Hume pensa que a história demonstra que a liberdade, o comércio, o refinamento e o progresso nas artes e nas ciências só avançaram em países nos quais vigoravam boas leis e Constituições; portanto, há uma relação historicamente demonstrável entre essas duas variáveis[28]. A sociedade livre

28. Duncan Forbes interpreta Hume como se esse autor propusesse a comparação entre "governo regular moderno e governo irregular medieval, onde a personalidade do rei era de importância fundamental e onde o respeito pelo princípio geral de direito, enquanto tal, era frágil ou inexistente. Nes-

será a sociedade das boas leis e dos cidadãos disciplinados, que aprenderam a controlar seus desejos e paixões.

Uma tendência do século XVIII consistia em utilizar a história para introduzir mudanças sociais e fomentar os tipos de convulsão social dos quais a Revolução Francesa continua sendo o exemplo supremo. Hume se referia a esse uso da história como uma tendência polêmica a sancionar o conflito político, uma história fictícia que tecia teias de sonhos e utopias. A história "deve" ser "científica", e a verdadeira análise histórica, concebida como um estudo do avanço e desenvolvimento, poderia por sua vez tornar-se uma força contra-revolucionária; uma "história filosófica" a serviço de uma política de moderação. Neste ponto, como assinala Duncan Forbes, Hume divergia dos outros grandes autores do Iluminismo escocês ao aparentar uma certa falta de "sofisticação sociológica". Hume atribuía ao acaso, à contingência e às intenções de atores-chave do processo político um papel mais importante do que uma sociologia estruturalista, isto é, uma abordagem determinista de absoluta profundidade, teria admitido[29].

As escolhas do homem são empiricamente explicáveis no contexto do produto "natural" que é a sociedade. Além do mais, embora as regras de justiça sejam "artificiais", trata-se de uma artificialidade que surgiu "naturalmente", e deve sua necessidade aos processos naturais. A necessidade das regras de justiça não é um argumento racionalmente conseqüencial por meio do qual o homem escolhe, como num contrato, como um ato de vontade em grande escala, mas sim como um partícipe do mecanismo de transformação social. Contudo, esse entendimento da participação em profundidade natural pode ser conservador em si mesmo. Se a constituição das regras de justiça foi um processo de utilidade, então o homem poderia mudar livremente as regras de justiça, conforme lhe ditassem seus argumentos abstratos de utilidade, mas há uma imagem quase imutável na concepção humiana das regras de justiça. Nega-se o niilismo, mas o preço é o recurso a uma ideologia de função presumida para as questões do mundo. Uma vez que a sociedade veio a existir

sas circunstâncias, os homens que houvessem se tornado grandes reis em uma monarquia moderna seriam maus reis". Forbes (1979: 94-109) sugere que, em sentido geral, Hume é "um remoto ancestral do Estado moderno essencialmente burocrático de Max Weber".

29. Essa diferença é ambígua porque, por um lado, Hume parece ter tido uma certa aversão à idéia mesma de que se pudesse chegar a um conhecimento suficiente da "realidade" do determinismo que permitisse uma análise estrutural da história, como Marx faria mais tarde; por outro lado, contudo, ele sente a necessidade de afirmar que deve haver algum esquema de fluxo natural, ainda que nunca venhamos a ser parte dele. A primeira afirmação pode nos dar uma noção da história como resultado de decisões que os homens levaram a cabo, tanto como indivíduos quanto como agrupamentos temporários, em vez de apresentar esses homens como se chegassem a decisões resultantes de estados intencionais implícitos e compreensíveis em sua natureza de objetos nos quais essas intenções decorrem de condições causais – que devem ser colocadas em prática e são inexoravelmente consumadas pelo ser humano. O homem se torna, assim, um instrumento de outras forças. Hume não pode, porém, ser visto como defensor de uma abertura radical nos assuntos humanos, como um proponente precoce da contingência "pragmática" dos assuntos humanos – a exigência de dar a fundamentação apropriada que é inerente ao empirismo torna-se demasiado forte.

como um produto natural, sua estrutura é essencialmente superior às idéias de organização social que qualquer abordagem racionalista poderia nos oferecer[30].

O que, então, irá nos servir de guia? A coesão natural da sociedade nasce da interação da vida cotidiana e opera mais satisfatoriamente quando a naturalidade do sentimento solidário não é desfigurada pela especulação racionalista. "A questão do governo" não é a arena da razão pura, "o senso comum e a experiência superficial são suficientes" (I, 195). A justiça social não é algo que tenha por base um corpo de primeiros princípios, mas é basicamente a adesão às regras criadas com base no convívio social, em particular o "abster-se da propriedade alheia" (T, 489), e decidir questões de justiça significa preocupar-se com questões pragmáticas de comportamento social[31]. Embora o "remédio" para o problema da justiça "não provenha [diretamente] da natureza, mas do artifício, o fato é que

30. Um exemplo básico é a idéia de distribuir a propriedade segundo o princípio do mérito, em oposição à defesa humiana da posse vigente (isto é, da posse legítima). No *Tratado*, Hume havia sugerido que o sentimento de solidariedade levaria o homem a levar em conta considerações relativas à igualdade (sua própria versão era que um homem digno receberia mais bens do que um homem indigno; contudo, isso parece uma anomalia diante da rigidez das regras. Nas *Investigações*, Hume considera que a imaginação racionalista dá origem a uma transformação social ao induzir o homem à busca de um ideal abstrato – uma vez mais, a da distribuição por mérito. "Uma criatura de posse da razão, mas desconhecedora da natureza humana, delibera consigo mesma quais regras de justiça ou propriedade serviriam melhor para promover o interesse público e estabelecer a paz e a segurança no seio da humanidade; seu pensamento mais óbvio consistiria em atribuir as maiores posses à maior virtude, e dar a cada um o poder de praticar o bem proporcionalmente a sua inclinação. Numa teocracia perfeita, onde um ser infinitamente inteligente governa por meio de vontades específicas, essa regra certamente teria um lugar a ocupar e poderia servir aos mais sábios desígnios. Fosse, porém, a humanidade pôr em prática tal lei... É tão grande a incerteza do mérito, tanto por sua obscuridade natural quanto pela presunção de cada indivíduo, que de tal lei nenhuma regra de conduta específica resultaria jamais, e a conseqüência imediata seria a total dissolução da sociedade" (I, 192-3). Assim, Hume concede um certo reconhecimento ao argumento do mérito, mas contrapõe argumentos baseados em seu conhecimento "empírico" da natureza humana e dos fatos históricos – sua reviravolta da posição adotada no *Tratado*, onde, no conflito entre solidariedade e justiça, a justiça sai vencedora, pode refletir sua crescente preocupação com a análise histórica. E também pode ser vista como um argumento que demonstra que o uso da razão deve ocorrer necessariamente em um mundo imperfeito e combinar-se com a confirmação das investigações empíricas.

31. A justiça, "uma paz e ordem gerais" ou "uma abstinência geral das posses dos outros", reflete o interesse pessoal de cada pessoa que deseja estar segura em termos pessoais e de propriedade. Essa segurança e felicidade só podem ser alcançadas através da sociedade e de uma estruturação da justiça, e, até certo ponto, a justiça é um reflexo do interesse pessoal. A utilidade da justiça encontra-se no fato de satisfazer o interesse pessoal. Assim, afirma Hume, a utilidade pública é a origem única da justiça, e os reflexos sobre as conseqüências benéficas dessa virtude constituem o fundamento único de seu mérito. Contudo, ainda que a utilidade social ou o interesse pessoal induzam o homem à sociedade, ou a um sistema de justiça, trata-se de algo que extrapola o interesse pessoal que fornece a base moral da justiça. A qualidade moral da justiça não se funda no interesse pessoal, mas sim no sentimento de solidariedade. Condenamos a injustiça não apenas quando nossos interesses pessoais estão em jogo, mas também sempre que ela gera, nos outros, um sofrimento ou desagrado que podemos compartilhar por meio da solidariedade. "Vemos, assim, que o interesse pessoal é a razão original do estabelecimento da justiça; mas a solidariedade com o interesse público é a origem da aprovação moral que está a serviço dessa virtude."

a natureza oferece um remédio, em termos de julgamento e compreensão, para o que é irregular e inconveniente a suas inclinações (T, 489).

Em oposição ao que afirmam os teóricos do contrato social, a "convenção [da justiça] não tem a natureza de uma promessa", mas provém de "um sentido geral de interesse comum" cuja verdadeira expressão mútua pode gerar soluções da natureza de uma promessa, mas qualquer concepção de um "estado de natureza" a partir do qual o homem tenha estabelecido um contrato "deve ser vista como mera ficção", como algo semelhante à idéia de uma "Idade de Ouro" à qual Hume se refere como uma invenção poética. Para Hume, a confiança na noção de um estado original, ou estado de natureza é um recurso alternativo ao motivo da Idade de Ouro[32].

Vimos que, para os autores liberais do século XVII que geralmente são considerados predecessores de Hume, a "sociedade civil" – a apresentação, nos primórdios da modernidade, de um conceito de auto-entendimento – nasceu como um ato repentino de indivíduos que perseguiam fins individuais. Para Hume, porém, não há decisão súbita – nenhuma ruptura com os lentos e graduais processos da natureza. Em vez disso, é muito mais acertada a concepção do desempenho da virtude da justiça, isto é, da obediência às regras de justiça, como algo intrínseco ao fluxo gradual da natureza, que vem operando através de uma vasta quantidade de ações humanas individuais. A natureza tem desempenhado a tarefa com grande sutileza, uma vez que essas "regras por meio

32. Hume nos leva a desconfiar das abordagens racionalistas da noção de justiça através do uso retórico de um princípio social de parcimônia – ele afirma que se a "regra" de justiça "for muito confusa e de difícil formulação", a sociedade deve então "ser apreciada de modo acidental, e o resultado de muitas épocas". Para Hume, requer-se um grau não muito elevado de especulação racional para apreender o conceito de justiça, pois a regra de justiça nada mais é que "a regra para a estabilidade da posse"; uma posição tão "simples e óbvia" que "todo pai ou mãe, para manter a paz entre seus filhos, deve estabelecê-la; e esses primeiros rudimentos de justiça devem ser aperfeiçoados dia após dia, à medida que a sociedade vai se tornando maior" (T, 489). A condição natural do homem exige tais regras de justiça, tendo em vista que "aquilo que deve ser visto como certo é que a justiça só extrai sua origem do egoísmo e da limitada generosidade dos homens, juntamente com a escassa provisão com que a natureza o atende em suas necessidades" (T, 495). Embora o funcionamento da justiça possa envolver a articulação daqueles princípios que assumem o caráter de universalidade e generalidade, estes, por mais importantes que possam se tornar para a continuidade operacional do sistema de justiça, não podem ser considerados essenciais a suas origens ou a sua força vinculadora real; uma vez que "é certo que a imaginação deixa-se afetar mais pelo que é particular do que pelo que é geral, e que os sentimentos são estimulados com dificuldade quando seus objetos são, em qualquer grau de intensidade, vagos e indeterminados" (T, 580). A defesa da instituição da justiça é essencial, e isso é superior à possível inexatidão do particular: "Enquanto um único ato de justiça, considerado em si mesmo, pode ser freqüentemente contrário ao bem público, (...) o que é vantajoso é a concordância da humanidade com um esquema ou sistema geral de ação." Assim, "perante qualquer tribunal de justiça" pode ser "um exemplo de humanidade tomar uma decisão contrária às leis da justiça (...); contudo, todo o sistema de leis e justiça é vantajoso para a sociedade" (T, 589). Além do mais, uma vez que as regras de justiça tenham sido estabelecidas, elas são "*naturalmente* consideradas com um forte sentimento moral que pode provir de nada além de nossa solidariedade para com os interesses da sociedade" (T, 579-80, itálico no original).

das quais se determinam a propriedade, o direito e a obrigação não contêm sinais de uma origem natural, mas sim de artifício e invenção". Aparentam ser "demasiado numerosas para terem vindo da natureza", e "são passíveis de modificação por parte das leis humanas"; contudo, "todas elas têm uma tendência direta e evidente ao bem público e à defesa da sociedade". Hume afirma que "esta última circunstância é admirável em dois aspectos", e é esclarecedor apresentar sua afirmação por completo. Nela se lê:

> Primeiro porque, muito embora a causa da elaboração dessas leis esteja originalmente na consideração para com o bem público, tanto quanto este é uma tendência natural de tais leis, ainda assim elas seriam artificiais, posto que intencionalmente criadas e voltadas para determinados fins. Segundo porque, fossem os homens dotados de uma forte consideração para com o bem público, não precisariam nunca ter-se deixado coibir por essas regras; de tal modo que as leis da justiça decorrem de princípios naturais de maneira ainda mais oblíqua e artificial. Sua verdadeira origem é o amor-próprio, e, como o amor-próprio de uma pessoa é naturalmente oposto ao de outra, todas essas paixões egoístas são obrigadas a ajustar-se de modo que convenha em algum sistema de conduta e comportamento. Portanto, esse sistema – que abarca o interesse de cada indivíduo – é sem dúvida vantajoso para o público, ainda que não tenha sido esse o objetivo pretendido por seus criadores (T, 528-29).

Assim, as intenções dos "criadores" – juízes, legisladores, "interesses de classe" e assim por diante – não são suficientes, enquanto entidades causais, para explicar verdadeiramente a evolução e operação do sistema de justiça. Mesmo quando podemos ter indícios de que os legisladores criam leis em interesse próprio, em nome de suas "paixões egoístas", eles estão dentro do fluxo natural, com o resultado de que têm de "ajustar-se" a "algum sistema de conduta e comportamento" cujo todo traz um benefício social "não pretendido por seus criadores". Privadas das justificações da razão abstrata, as regras de justiça ainda assim são vinculantes, e a base de sua autoridade pode ser demonstrada pela devida investigação da "história natural"[33].

Esse conhecimento da história natural e do funcionamento das paixões pode ser usado contra as idéias de mudança revolucionária radical, ou contra a arbitrariedade da simples "versão de comando" do positivismo jurídico. Em contraste temos, evolutivamente, uma grande narrativa do "desenvolvimento empírico e natural do direito"; este protege a força da lei contra mudanças fáceis e defende-a das acusações de arbitrariedade ou parcialidade. Não é necessário que algum conjunto fundamental de idéias inatas ou um ponto de referência externo, como a existência de Deus, nos forneça a base do senso moral humano. O avanço e o funcionamento da

33. Em *The Wealth of Nations* [A riqueza das nações], Smith apresenta argumentos favoráveis ao aumento do nível geral de prosperidade de todos os cidadãos e, ao mesmo tempo, minimiza o papel da política. O desenvolvimento e a expansão da classe média é crucial para a ordem social, uma vez que "nenhuma sociedade pode florescer e ser feliz quando, em sua maior parte, seus membros forem pobres e miseráveis". Smith associava a condição dos indivíduos a sua experiência com a divisão do trabalho e ao meio em que viviam.

justiça natural podem ser explicados pelos recursos da natureza humana (amor-próprio e uma certa benevolência), pelas aptidões da ação humana (comunicação através da solidariedade e coibição do impulso de apossar-se do que pertence aos outros) e pela integridade da interação social (reconhecimento mútuo).

A busca de conhecimento é guiada por nossa crença em que o saber irá fomentar a transformação social e natural. Se, por um lado, a implicação de Hume é clara – precisamos analisar empiricamente nossas instituições jurídicas e adquirir um entendimento real de seu funcionamento –, por outro ele parece confiante em que tal análise irá ajudar as transformações culturais já em andamento. No sistema penal, por exemplo, Hume observa um movimento que se distancia da "inaturalidade" das concepções religiosas de equivalência e avança para um progressivo sistema de reações naturais possibilitadas pela condição senciente – as reações naturais aos infratores vêm se tornando "mais naturais" à medida que diminui o poder da religião. O direito deve estruturar-se de modo que permita o devido funcionamento do corpo social, e a criação moderna do "direito civil" é um produto avançado do fluxo natural que une "a indústria, o conhecimento e a humanidade (...) em uma cadeia indissolúvel" (1966: 278). O controle social é ligado às relações sociais e à interação do indivíduo com seus semelhantes, e os riscos de transformação social poderão ser, e serão contidos através da expansão da classe média, aquela "classe intermediária (...) que é a melhor e mais sólida base da liberdade pública" (1966: 284). Através de sua participação na indústria e do prazer com o "luxo" que se segue, o homem se socializa para a convivência pacífica mesmo diante das maiores pressões e oportunidades permitidas pela crescente divisão do trabalho.

O poder de governo só pode oferecer um incipiente instrumento de controle social; a força pura, o instrumento de coerção visível à disposição dos governos, é de alcance limitado; ao contrário disso, o costume e o hábito são as verdadeiras forças inibidoras das tendências um tanto anti-sociais do homem. Diversas restrições à conduta do homem operam nas microssituações em que ele interage com seus semelhantes; o indivíduo sente a necessidade de preservar sua reputação e conviver com as reações dos outros diante de seus atos. O controle efetivo consiste na "opinião" influenciadora. Adam Smith era ainda mais específico; o conhecimento do "sentimento natural de justiça" (isto é, um impulso psicológico) poderia, com o tempo, substituir tanto a coerção explícita quanto o poder da fé religiosa e o idealismo transcendental a ela associado. Para ambos os autores, a chave do progresso social estava em influenciar os "juízos coletivos" da sociedade. De fato, tanto Hume quanto Smith viam a decadência da religião como algo capaz de conferir uma tendência mais "natural" à "opinião" social, ou, na expressão de Smith, aos "sentimentos morais" da sociedade[34]. Hume sustenta que os sentimentos morais são comuns a toda

34. O projeto de filosofia do direito de Smith consistia em criar uma *Theory of Moral Sentiments* [Teoria dos sentimentos morais] (para usar o título de sua principal obra sobre filosofia do direito) sem referência de base aos modelos básicos da teologia. Os sentimentos morais diferem dos religiosos por serem paixões diretas, enquanto as concepções religiosas são efeitos secundários de tais paixões.

a humanidade, e que são instintos empíricos "absolutamente universais em todas as épocas e nações". A maioria dos homens não se deixou seduzir pelo universo da reflexividade. Eles deixaram-se influenciar por sentimentos inconsiderados que muito devem às ideologias religiosas inconsideradas; os sentimentos morais são mais verdadeiros, pois são conseqüência de nosso ativo engajamento na realidade de nosso mundo social e material. Um engajamento que nos permite "um certo lazer ou uma certa inclinação a refletir sobre regiões invisíveis e desconhecidas"[35].

A FILOSOFIA OU A TEORIA MORAL É REDUNDANTE? A FILOSOFIA DO CERTO E DO ERRADO DEVE SER SUBSTITUÍDA PELA ANÁLISE EMPÍRICA DA UTILIDADE NATURAL?

O edifício todo da "teoria moral" é questionado pela análise de Hume. Qual, então, o papel da discussão filosófica sobre as distinções morais no empirismo humiano?[36]

A questão tem uma importância relevante: como podemos construir um sistema ético baseado na faculdade de sentimento ou solidariedade sem reduzir a ética a uma questão de gosto em que os juízos morais são subjetivos e relativos? Hume argumenta que os sentimentos morais são encontrados em todos os homens, que estes louvam e censuram as mesmas ações, e que o louvor ou a censura não decorrem de um estreito egoísmo. Ao contrário, temos um processo natural de solidariedade. De novo, o alvo de Hume ao descrever a moralidade é um modelo de racionalismo puro: um modelo em que a moralidade é o tema para que a razão, e só ela, nos revele sua natureza ao produzir um quadro de "diferenças abstratas e racionais entre o bem e o mal morais" (T, 466). Em contraste, o argumento fundamental de Hume é o de que, como a moral tem a ver com a vida prática, o resultado é que a "filosofia moral" deve ser alguma coisa que irá

> influenciar nossas paixões e ações e extrapolar os serenos e indolentes juízos do entendimento, [e] como a moral exerce influência sobre as ações e afeições, segue-se que não podem ter origem na razão; e isso porque a razão por si só, como já demonstramos, não pode nunca exercer tal influência. A moral excita as paixões, produz ações e impede que ocorram. Nesse particular, a razão por si só é de absoluta impotência. Portanto, as regras de moral não são conclusões de nossa razão (T, 457).

35. *Natural History*, pp. 21 e 31.

36. Nas *Investigações* (I, 170), o problema é assim colocado: a moral "deriva da razão ou do sentimento?; chegamos ao seu conhecimento por meio de uma cadeia de argumentos ou de inferências, ou de um sentimento imediato e um senso interior mais sutil?; como todos os julgamentos bem fundados de verdade e falsidade, devem ser os mesmos para todos os seres racionais inteligentes? ou, como a percepção da beleza e da fealdade, devem fundar-se inteiramente no tecido e na constituição particulares da espécie humana?". O objetivo de Hume consiste em chegar a uma "modificação de todas as investigações morais e rejeitar todos os sistemas éticos que, por mais sutis ou engenhosos, não tenham por base o fato e a observação" (I, 175).

O papel da razão é secundário para o mecanismo de funcionalidade empírica do mundo – a razão só deve servir para trazer à luz o que foi decretado pela natureza[37].

A seguir, Hume faz uma nova afirmação, pois não apenas a distinção entre o bem e o mal não é algo que exista nas categorias da razão, como também não se trata de algo que dependa de "qualquer questão de fato" passível de ser descoberta por uma simples investigação positivista:

> Tomemos qualquer ato que se considere iníquo: o homicídio doloso, por exemplo. Observemo-lo em todos os seus aspectos e vejamos se nele se encontra aquela existência objetiva ou real a que chamamos *iniqüidade*. Seja qual for nosso enfoque, só encontraremos um certo número de motivos, paixões, desejos e pensamentos. Não há, no caso, nenhuma realidade objetiva. A iniqüidade nos escapa por inteiro à medida que procedemos ao exame do objeto. Só conseguiremos encontrá-la ao voltarmos nossa reflexão para nosso íntimo e ali nos depararmos com um sentimento de desaprovação que se manifesta em nós a propósito daquele ato. Temos aqui algo de concreto, mas trata-se de objeto do sentimento, não da razão. Está em nós mesmos, não no objeto. De modo que, quando declaramos iníquo qualquer ato ou caráter, não há sentido algum em nossas palavras; queremos apenas dizer que, a partir da constituição de nossa natureza, somos tomados por um sentimento de censura diante da contemplação do ato ou do caráter em questão (T, 468-9).

A teoria moral é mera conversa; seus elementos "racionais" são uma superestrutura à verdadeira economia subjetivista de "um certo número de motivos, paixões, desejos e pensamentos" que atravessam e estruturam as reações do eu. Na verdade,

> (...) a virtude [é] qualquer ação ou qualidade mental que dá a um espectador o sentimento agradável de aprovação; a iniqüidade é o contrário (*ibid.*).

O sentimento de solidariedade ou confraternidade é um "princípio da natureza humana para além do qual não podemos esperar encontrar qualquer princípio mais geral". Assim, "louvamos as ações virtuosas que foram praticadas em épocas remotas e países distantes nos quais a maior sutileza da imaginação não descobriria o mais leve indício de egoísmo, nem encontraria nenhuma relação entre nossa felicidade e segurança atuais e fatos tão apartados de nós". Da mesma maneira, "um ato generoso, intrépido e nobre praticado por um adversário se impõe à nossa aprovação, ainda que, em suas conseqüências, possamos reconhecer que prejudica nossos interesses particulares". A concepção humiana de sentimento e solidariedade moral se opõe à teoria ética tradicional, que sustenta que a moralidade consiste na relação entre as ações e uma regra de direito e uma ação como boa ou má, dependendo de a ação estar em acordo ou desacordo com a regra. Hume rejeita a hipótese de que existem regras morais, afirmando que tal tese é "confusa" e não poderá nunca "tornar-se inteligível". Podemos enumerar as qualidades que dão ao espectador a sensação prazerosa de aprovação: "discrição, cautela, iniciativa, trabalho, economia, bom senso, prudência e discernimento". Há também um consenso praticamente universal – mesmo entre os mais cínicos dos homens – a propósito do "mérito da temperança, sobriedade, paciência, constância, reflexão, presença de espírito, rapidez de pensamento e propriedade de expressão". O que há, nessas qualidades, que provoca nosso louvor? O fato de que são, ao mesmo tempo, *úteis* e *agradáveis*. Em que consiste tal utilidade? Hume responde:

> para o interesse de alguém, certamente. Interesse de quem, portanto? Não apenas o nosso; pois nossa aprovação freqüentemente vai mais longe que isso. Assim, deve tratar-se do interesse dos que se vêem servidos pelo caráter ou ação que aprovam.

A *utilidade* é "uma tendência a um fim natural". Portanto, a distinção moral essencial dá-se, de fato, entre o que é útil e o que é pernicioso:

> se a utilidade (...) for uma fonte de sentimento moral, e se essa utilidade não for sempre considerada em referência ao eu, segue-se que tudo quanto contribui para a felicidade da sociedade recomenda-se diretamente a nossa aprovação e boa vontade. Temos aqui um princípio que, em grande parte, explica a origem da moralidade. E por que devemos procurar sistemas obscuros e remotos quando já existe um tão óbvio e natural?

Voltamos, assim, ao ponto inicial deste capítulo; às considerações sobre a fundamentação do eu moderno e às interações entre a teoria social, as concepções do eu e a estruturação interdependente das relações sociais. Hume nos adverte de que, assim como a busca do eu nos leva a vivenciar o caos ao extrapolarmos as regras da vida cotidiana, também a justiça social precisa aderir às regras estabelecidas do social, a fim de evitar o caos. As regras do eu e as regras do social refletem os preceitos dessa epistemologia. As bases da modernidade são tradições, mas a modernidade julgou que sua racionalidade se apoiava nelas. Se o direito deve ser o instrumento da vontade do soberano, ele deve se manter vigilante devido ao temor do que seu instrumento possa desconstruir. Afinal, a menos que nos situemos dentro de uma tradição, não existe presença ou ausência, particularidade ou diferença, justiça ou injustiça, nenhuma base para a expressão significativa.

37. Assim, por exemplo, Hume declara que a razão pela qual o incesto é permitido no reino animal e não na cultura humana parece estar no fato de que, através do uso de sua razão, o homem declarou sua "torpeza", promulgando leis que o proíbem. Contudo, a explicação moral não está em nossa racionalidade, uma vez que isso implica uma argumentação circular: "Porque antes que a razão possa se dar conta dessa torpeza, a torpeza já deve existir; e, por conseqüência, é independente das decisões de nossa razão e é mais objeto que efeito de razão" (T, 467).

Capítulo 6

Immanuel Kant e a promoção de uma modernidade racional crítica

> O maior problema da raça humana, a cuja solução a natureza a força, é a conquista de uma sociedade civil universal que administre o direito entre os homens (Kant, *Idea for a Universal History* [Idéia de uma história universal], 1963: 16).
>
> (...) se a liberdade do homem não fosse controlada por regras objetivas, o resultado seria a mais completa e selvagem desordem (Kant, "Deveres para consigo mesmo", em *Lições de ética*).
>
> Os direitos do homem devem ser tidos como sagrados, por maior o sacrifício que o poder governante tenha de fazer. Não cabem, aqui, meias medidas; de nada vale pensar em soluções híbridas, como um direito pragmaticamente condicionado, a meio caminho entre o direito e a utilidade. Toda a política deve curvar-se diante do direito, ainda que a política, em retribuição, possa ter a esperança de chegar, mesmo que lentamente, a um estágio de brilho duradouro (Kant, citado por Williams, 1983: 42).

PUREZA E AUTONOMIA COMO PRINCÍPIOS DO MODERNO

De família simples, mas profundamente religiosa e de origem escocesa, o filósofo acadêmico Immanuel Kant (1724-1804) criou a estrutura daquilo que viria a ser chamado de liberalismo deontológico (ou absolutista)[1]. Sua filosofia estabelece uma

1. Kant passou toda sua vida na pequena cidade de Königsberg, na Prússia Oriental. A idéia de dever pessoal dominou seu pensamento e sua vida pessoal. Sua educação iniciou-se no Collegium Fredericianum de sua própria cidade, cujo diretor era também pietista, e em 1740 Kant entrou para a Universidade de Königsberg. Sua formação universitária enfatizou grandemente o poder da razão humana de mover-se com convicção no domínio da metafísica. Interessou-se pela física newtoniana, interesse que desempenhou importante papel no desenvolvimento de sua filosofia original e crítica. Depois de concluir o curso universitário, Kant passou cerca de oito anos trabalhando como preceptor de filhos de famílias ricas, e em 1755 tornou-se professor da universidade. Tornou-se professor catedrático de filosofia em 1770.

Enquanto a vida pessoal de Kant é pobre em acontecimentos marcantes – nunca viajou, nem travou relações políticas ou sociais importantes –, ele foi extremamente bem-sucedido como professor, e era conhecido por sua conversa brilhante e sedutora. Kant costuma ser representado como um velho solteirão cujas atividades eram planejadas com tamanha precisão que os vizinhos podiam acertar seus relógios quando ele saía de casa às quatro e meia para sua caminhada diária, indo e vindo oito vezes pela pequena rua em que morava. Sua disciplina estava à altura de um espírito que buscou a universalidade da razão, e em sua maturida-

diferença entre as concepções do *certo* (baseadas na idéia de que se pode afirmar que alguma coisa é certa independentemente da consideração de seus propósitos sociais ou outros valores) e do bem (em que o valor é identificado em relação a conseqüências meritórias de outros propósitos), e enfatiza o primado do certo sobre o bem. O liberalismo deontológico de Kant nos pede para considerar que a humanidade é formada por indivíduos independentes e morais, capazes de orientar-se racionalmente ao longo das experiências da vida.

Nos *Prolegômenos*, Kant reconhece que as obras de David Hume "despertaram-no de seu sono dogmático" e lançaram seu pensamento em uma nova direção. Na leitura de Hume, Kant encontrou a afirmação de que o único conhecimento possível era ou o de relações de idéias, ou o de observações empíricas. A filosofia compunha-se das primeiras, que, segundo Hume, equivaliam a diferentes discussões sob o risco de andarem em círculos tautológicos. Ao contrário, as florescentes ciências empíricas pareciam oferecer o verdadeiro conhecimento; contudo, elas próprias assentavam-se sobre bases não-racionais. Ao longo de sua formação, Kant fora levado a acreditar na *razão* e a esperar que, mediante o uso da razão, os homens conheceriam os deveres que deles se esperavam e saberiam o que era certo fazer na vida. Hume parecia desvalorizar essas crenças; adicionalmente, colocava-se então um novo conjunto de questões. Qual era a relação do homem com a "natureza" e a vida comum do mercado, e com suas necessidades sensíveis e seus desejos psicológicos? O que aconteceria com nossas idéias sobre a moralidade e Deus se o conhecimento sobre o mundo só nos chegasse através das ciências empíricas? Estaríamos condenados a relegar as idéias sobre Deus e a moralidade à esfera do não-racional? A moralidade era realmente formada por sensações, emoções e sentimentos naturais? O homem precisava seguir a natureza ou poderia encarregar-se, racionalmente, da construção de uma nova ordem social e mundial? Se assim fosse, com quais princípios de razão poderia ele contar?

EM RESPOSTA A HUME

O questionamento cético de Hume podia ser respondido por meio da razão? A resposta kantiana implicava tanto um projeto epistemológico (preocupado com as pretensões da verdade ao conhecimento) quanto um projeto social. O projeto epistemológico seguia a busca humiana das bases do conhecimento, mas, em vez de desconstruir as idéias da razão pura ou do eu experiencial, para depois voltar a tra-

de ele produziu uma obra que definiu boa parte dos contornos do desenvolvimento intelectual do liberalismo moderno. Esse fluxo começou com a monumental *Crítica da razão pura* em 1781, e daí avançou para os *Prolegômenos a qualquer metafísica futura* em 1783, *Fundamentos da metafísica dos costumes* em 1785, *Primeiros princípios metafísicos da ciência natural* em 1786, a segunda edição da *Crítica da razão pura* em 1787, a *Crítica da razão prática* em 1788, a *Crítica do juízo* em 1790, *A religião nos limites da simples razão* em 1793, e uma pequena obra, o *Projeto de paz perpétua*, em 1795.

balhar com as narrativas da vida comum, Kant primeiro analisou as ciências puramente formais da razão, depuradas de conteúdo empírico, em busca de um entendimento *a priori*[2], e depois direcionou a mesma metodologia para nossos sentimentos morais cotidianos, em busca dos pressupostos racionais que lhes davam sustentação. O objetivo era manter tanto a filosofia quanto a moralidade como domínios nos quais a razão, e não o costume ou a análise empírica, fosse dominante. Contra Hume, Kant argumentou que a razão pura podia transmitir conhecimento verdadeiro sobre o mundo[3], e que nossas concepções morais corriqueiras pressupunham, racionalmente, que algumas coisas eram puramente certas em e de si mesmas, enquanto outras eram erradas[4]. E assim era a despeito de nossos desejos emocionais ou nossas idéias sobre o que era socialmente útil.

O projeto social de Kant operava por meio de sua epistemologia; especificamente, ele pede ao indivíduo moderno que: (i) adote a racionalidade crítica em vez do ceticismo; (ii) faça uma vigorosa separação dos tipos de conhecimento e (iii) se pergunte quais são os pressupostos fundamentais que tornam esses conhecimentos possíveis, e procure descobrir os princípios racionais inerentes a essas proposições; em seguida, que combine essas análises em (iv) uma história filosófica que atribua uma finalidade aos esforços humanos, ao longo dos quais seremos, por nossa vez, guiados pela racionalidade crítica.

O PRINCÍPIO DE AUTONOMIA RACIONAL SERIA O GUIA DA MODERNIDADE

Kant talvez tenha sido o primeiro escritor a definir o homem moderno como autodefinidor, e não como um ser que interpreta conjuntos de significados a partir dos quais as coisas se posicionam empiricamente na ordenação cósmica. O homem moderno poderia livrar-se das amarras com o passado e descobrir sua verdadeira "humanidade" ao desenvolver fins e atividades auto-impostos, e não naturalmente condicionados. O homem moderno não deve ser

> (...) guiado pelo instinto, nem alimentado e instruído por um conhecimento que já lhe chega pronto; ao contrário, deve produzir seu saber a partir de seus próprios recursos.

2. Kant estabelece uma distinção entre a razão teórica – a razão daquilo que normalmente chamamos de ciência, razão prática – a razão da moralidade e o juízo estético – ou as questões relativas à beleza e à interpretação artística. Para Kant, o princípio metodológico fundamental consiste em diferenciar o puramente formal ou lógico do sensório; ele afirma que o primeiro é universal e necessário em seus princípios, enquanto o segundo é incidental e concreto, ou particular.

3. Kant chamava essas proposições de "sintéticas *a priori*", ou de conhecimento que se aplicava ao mundo mas não provinha da observação do mundo.

4. Por trás desta distinção, Kant estabelece uma distinção racionalista entre o que chama de "coisas-em-si-mesmas", ou o mundo como este é "em si", e as "aparências". Nossos conhecimentos empíricos pertencem ao mundo das aparências, enquanto a razão pura busca o conhecimento das coisas "em si mesmas".

> Garantir abrigo, alimento e defesa (...), toda diversão capaz de tornar a vida agradável, discernimento e inteligência e, por último, inclusive a generosidade de coração – tudo isso deve ser fruto exclusivo de seu próprio trabalho (1983: 14).

A dignidade e singularidade do homem encontram-se em sua capacidade de usar a razão[5]; esta é uma capacidade que todos os homens compartilham enquanto seres racionais, e que lhes permite extrapolar os limites de seus padrões locais ou comunitários de crenças socializadas[6]. A razão deve ser, ela própria, objeto de análise racional[7]. Não havia sentido em confiar em nossas intuições morais como se um apelo à intuição respondesse ao apelo de nossos adversários ao sentimento[8]; a intuição deve ser racionalmente analisada:

5. Podemos afirmar que em "use a razão" e "use-a para dirigir sua força de vontade" está contida a mensagem fundamental de Kant. Como em Hobbes (ver capítulo 4 deste livro), Kant toma a história de Jó para interpretar a verdade religiosa. Depois de passar por grandes revezes, Jó se volta para seus amigos em busca de conselhos; oferecem-lhe uma interpretação doutrinal de seu sofrimento, afirmando que este deve representar o castigo divino pelos pecados passados de Jó, dos quais ele não tem consciência. Recomendam-lhe peça perdão a Deus. Ele se recusa, indicando que tem a consciência limpa e não precisa arrepender-se. Por fim confronta-se com Deus, que lhe mostra seu supremo poder. Como vamos entender tal conseqüência? Kant argumenta que Jó está certo ao ignorar a interpretação doutrinal de seus amigos, uma vez que Deus demonstrou "uma ordenação do todo na qual se revela um sábio Criador, ainda que Seus caminhos permaneçam inescrutáveis para nós". Não podemos saber tudo, razão pela qual as interpretações doutrinais serão inexatas. Como podemos nos orientar? Precisamos apenas da "integridade do coração, e não do mérito de nossos *insights*, da sincera e inconteste confissão de nossas dúvidas e do distanciamento das convicções falsas que na verdade não temos" *On the failure of all Attempted Philosophical Theodicies* [Sobre o fracasso de todas as teodicéias filosóficas intentadas], 1973: 292-3). Precisamos de uma compreensão geral do caráter ou da forma da totalidade, mas não podemos conhecer a totalidade. Nossa relação moral com Deus depende não da realidade fenomenal da experiência, mas da integridade de coração e da verdadeira moralidade.

6. Tanto Hume como Kant desejavam furtar-se aos limites da localidade, às convenções da caverna platônica ou à segurança dos sistemas de moralidade de base comunitária. Hume conseguiu fazê-lo ao postular uma base empírica universal da natureza humana. Sua interpretação histórica – concentrada nos gregos e romanos clássicos – mostrou-lhe que havia uma constante da natureza humana ao longo dos séculos. Em oposição à tendência romântica das luzes, que encontrava na educação um grande potencial para transformar o comportamento humano (para John Locke, ao nascer os seres humanos eram como uma folha branca que seria mais tarde preenchida por suas experiências e sua educação). Hume achava que os gregos e romanos clássicos eram levados pela busca de sexo, poder e amor-próprio, diferenciando-se muito pouco das pessoas que via à sua volta. Era papel das instituições manter esses desejos universais sob controle, e a reforma social podia ser empreendida mediante o entendimento das características universais da condição humana. Kant procurou encontrar os pressupostos racionais que transcendiam as convenções de nossas crenças e intuições cotidianas.

7. Como Kant sugeriu em sua análise das práticas religiosas: "Ajoelhar-se ou lançar-se ao chão, ainda que para demonstrar reverência para com as coisas divinas, é contrário à dignidade humana; o mesmo se pode dizer da invocação de coisas divinas por meio de imagens concretas, pois desse modo as pessoas se humilham não diante de um ideal que sua própria razão lhes apresenta, mas de um ídolo que é obra de suas próprias mãos" (*The Metaphysical Principles of Virtue* [Princípios metafísicos da virtude]), 1964: 99).

8. Somente a intuição moral não é o bastante. Kant argumenta que a pura intuição moral equivale meramente a "um sentimento interior" provocado pela situação ou pelo material que está sendo lido ou discutido. Como é o caso das Escrituras (discutidas em *Religion within the Limits of Reason Alone* [A religião nos limites da simples razão], 1960: 100 ss.).

> a razão não funciona instintivamente, mas requer experiência e instrução para poder avançar, gradualmente, de um tipo de discernimento a outro (1983: 13).

Enquanto Hume perdeu as esperanças no conhecimento seguro da interação social e na tese das faculdades empíricas comuns à humanidade, Kant defende a existência da "razão pura (...), uma esfera assim independente e auto-suficiente". A razão não é passível de contaminação subjetiva ou desejo arbitrário, mas devemos compreender sua natureza inter-relacional:

> Não podemos tocar uma parte sem afetar todo o resto. Portanto, não podemos fazer nada sem primeiro determinar a posição de cada parte e sua relação com o todo, pois, como nosso juízo não pode ser corrigido por nada de fora, a validade e a utilidade de cada parte depende da relação que mantém com todo o resto, dentro do domínio da razão. (...) Na esfera dessa faculdade, podemos determinar tudo ou nada (1902: 10-1).

A humanidade encontra-se em uma viagem de descobertas. As circunstâncias do indivíduo moderno se assemelham a estar embarcando em um navio para uma viagem através de mares desconhecidos. Hume, dizia Kant, foi obrigado a deixar seu navio à deriva na corrente da natureza, mas a análise de Kant pode nos oferecer

> (...) um piloto que, conhecedor de princípios astronômicos seguros, extraídos do conhecimento do globo terrestre, e de posse de uma carta marítima e uma bússola, pode governar seguramente o navio e levá-lo para onde quiser (1902: 9).

A chave estava no desenvolvimento de uma racionalidade crítica baseada nos fundamentos racionais que sustentam as circunstâncias da vida cotidiana – como nossa crença em Deus e o modo como nos tratamos mutuamente enquanto indivíduos dotados de livre-arbítrio. O prefácio à primeira edição da *Critique of Pure Reason* [Crítica da razão pura] é bem claro a esse respeito:

> Nossa época é, essencialmente, uma época de crítica à qual tudo deve submeter-se. A religião, por conta de sua santidade, e a legislação, por conta de sua majestade, tentam manter-se à margem do espírito crítico. Ao assim procederem, contudo, despertam suspeitas contra si mesmas e não podem reivindicar aquele respeito sincero que a razão confere a quem quer que consiga resistir a seu exame livre e aberto.

O entendimento crítico também abordava a questão do quê e do como o entendimento e a razão podem conhecer independentemente das experiências[9]. Des-

9. A filosofia foi exortada a voltar sua atenção crítica para a constituição, o poder e a estrutura da razão humana em si – para fazer uma mudança de perspectiva "copernicana" (*Crítica da razão pura*, 1949: segundo prefácio). A investigação básica da ciência era o objetivo da Crítica da Razão Pura; o da Crítica da Razão Prática e dos Fundamentos da Metafísica dos Costumes eram o tratamento dispensado a esse conhecimento da natureza do mundo, as responsabilidades morais e as obrigações sociais do homem que configuravam sua "humanidade" específica.

se modo, o entendimento crítico não destruía a metafísica, mas produzia uma "única e súbita revolução" que preparava o terreno para o verdadeiro conhecimento metafísico (1965: 21-2).

RECONHECER OS TIPOS DE CONHECIMENTO, CADA QUAL COM DIFERENTES PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS

O primeiro passo consistia em preservar, na filosofia, sua pretensão de nos dizer coisas de importância real sobre o mundo. Seguindo a divisão humiana entre relações de idéias e relações de fatos, Kant afirmava:

> (...) todo conhecimento racional é de dois tipos: ou material, e preocupado com algum objeto, ou formal e preocupado exclusivamente como a forma do próprio entendimento e da própria razão – com as regras universais de pensamento enquanto tais (*Groundwork of the Metaphysics of Morals*, 1964: 53 [Fundamentos da metafísica dos costumes]).

Kant fazia distinção entre as formas *a priori* do entendimento e o conteúdo sensório *a posteriori* da experiência. Cada um se baseia em certas características que estruturam nossas capacidades humanas de entendimento. Todo conhecimento é conhecimento humano, uma função do que e do como podemos vir a conhecer. O sujeito humano nunca pode ver o mundo como este era em sua pureza, mas acrescenta à interação de um mundo (essencialmente misterioso) certos modos de perceber, certos pressupostos, e é somente através desses modos de perceber e do uso desses pressupostos que o conhecimento se torna possível. O conhecimento é uma função das faculdades que utilizamos. Como afirmou Kant em um espirituoso exemplo, tentamos freqüentemente adquirir um tipo de conhecimento do qual nossas faculdades são incapazes:

> Isso seria semelhante à experiência que alguém tentasse fazer ao colocar-se diante de um espelho, de olhos fechados e, quando lhe perguntassem o que estava fazendo, respondesse: "Eu só quero saber com que me pareço quando estou dormindo" (1983: 153).

A necessidade de desenvolver pressupostos e modos de perceber

Admitimos que não podemos deixar de usar certas características fundamentais no processo epistemológico. O truque consiste em entender como, exatamente, as usamos, e como elas servem para estruturar o conhecimento humano. Nossa orientação crítica só pode ser devidamente aplicada depois de obtermos esse conhecimento. Primeiro, nosso questionamento se processa assim: Como a matemática pura é possível? Como a ciência pura da natureza é possível?[10] Em seguida, aplicamos esse

10. Ver *Prolegômenos a toda metafísica futura capaz de se apresentar como ciência*, trad. inglesa de Paul Carus, Open Court, La Salle (Illinois), cujos capítulos trazem esses títulos.

entendimento à análise dos candidatos à inclusão em um sistema de raciocínio "puro". O processo é repetido na *Crítica da razão prática*, para analisar criticamente a racionalidade inerente a nossos sistemas de convicção moral. Partimos do fato da nossa moral costumeira efetiva; não desejamos afirmar o conceito de "moralidade" como nosso produto final, mas sua realidade é aceita ou "pressuposta" – a partir de nosso reconhecimento das exigências e dos deveres morais. Em seguida assumimos que devemos ser livres para satisfazê-las, para as condições de sua operação[11].

Nosso comportamento racional não ocorre passivamente, mas é resultado da participação ativa da mente atuando de acordo com o que Kant chama de *idéias reguladoras*. Nossas interações morais são regidas pela *razão prática*; na razão prática, a ligação entre "vontade" e "razão" é tal que a vontade é a faculdade de agir de acordo com uma idéia reguladora chamada "direito". Isso regula e distingue a vontade humana da capacidade de agir segundo o desejo, que Kant vê como uma atividade essencialmente passiva e reativa. A operação da vontade em face do "direito" é o engajamento ativo no domínio da ação prática de nossa capacidade racional com idéias reguladoras.

As categorias fundamentais da ciência e a divisão do mundo nos domínios do inteligível e do empírico

Ao analisarmos como a ciência é possível, a justificação das idéias que vemos como provedoras das bases do conhecimento científico (os conceitos *a priori*) provém de nosso reconhecimento delas como condições básicas do pensamento – são elas as "categorias" do pensamento.

> Afirmo agora que as categorias (...) nada mais são que as condições do pensamento em uma experiência possível, assim como o espaço e o tempo são as condições da intuição para essa mesma experiência. São conceitos fundamentais através dos quais pensamos os objetos em geral em termos de aparências, e têm, portanto, uma validade objetiva *a priori* (1965: 138; o trecho continua: "isto é exatamente o que desejávamos provar" (!)).

A função das categorias fundamentais é dupla: ao mesmo tempo base e limite. As tentativas de obter um conhecimento não condicionado pelas categorias do entendimento – como ocorre na metafísica tradicional – devem ser rejeitadas como

11. Kant se refere ao método de localizar essas "condições" como "análise transcendental" – trata-se de um processo de eliminação no qual se explicam todos aqueles aspectos derivados da experiência em termos da sensação, e o resíduo é explicável em termos da estrutura da mente, ou daquilo que Kant chama de "categorias do entendimento". Assim, o conteúdo ou a "matéria" da experiência, o conteúdo sensório *a posteriori*, são produzidos pela sensação, e a "forma" da experiência, aquilo que nos permite compreendê-la, é produzido pela mente. Esta última característica é o componente formal que abrange as condições do conhecimento, e seus membros são universais, conceituais e apriorísticos. *Cf. Crítica da razão pura*.

dogmáticas e contraditórias em si mesmas. Não podemos alcançar o mundo "puro" e apreender as coisas como elas são em si mesmas independentemente das categorias da mente; contudo, podemos ter consciência da natureza limitativa dessas categorias, e então podemos, significativamente, conceber os conceitos de realidade e conhecimento para além do entendimento humano. Àquilo que, de um lado, é tornado compreensível através das categorias, Kant chama de mundo "dos fenômenos"; ao que se encontra do outro lado, chama de nôumenos. Desse modo, o resultado empirista de Hume, por meio do qual os conceitos que fornecem base epistemológica derivam, em última instância, do costume da reiterada associação na experiência, é transformado em uma sólida objetividade que provê uma base legítima. Como conseqüência, porém, o mundo se divide naquilo a cujo conhecimento podemos chegar e naquilo que não poderemos nunca conhecer.

A RACIONALIDADE DA MORALIDADE E A DEFESA DA CONCEPÇÃO DO HOMEM COMO UM INDIVÍDUO LIVRE, COMO PRESSUPÕE O DIREITO

Que vamos fazer com nossa linguagem da moralidade? Qual é a base de nossas idéias sobre moral e deveres jurídicos, ou sobre Deus? Devemos reduzi-las a meras questões de sentimento? De necessidades emocionais? Kant pede que usemos a linguagem de nossa vida social cotidiana como ponto de partida, e que procuremos as bases racionais de nosso uso da linguagem.

O que é um ser humano individual? Uma seção da realidade; mas sob que perspectiva, e quais são os limites, para a identificação da realidade, que se colocam para qualquer conceito usado a respeito dela? No discurso das ciências empíricas em desenvolvimento, pressupomos as noções de causa e efeito; a implicação é a de que todo ato humano é praticado por uma entidade determinada, no mundo espacial e temporal. Contudo, não agimos como se assim fosse; na moralidade da vida cotidiana, tratamos os outros como indivíduos capazes de fazer promessas e escolhas, e os consideramos responsáveis por suas ações. Muitos conceitos que usamos na vida prática implicam que um indivíduo deve ser tratado como um ser autônomo que se motiva continuamente. Isso nega as ligações desse indivíduo com a realidade física, afirmando-o, assim, como um *a priori* ao qual não temos direito? Ou estaremos enfatizando "uma outra realidade"?

A parcialidade da ciência empírica

Kant via o empirismo de estilo humiano como um sistema correto sob muitos aspectos. Desse modo, era correto e apropriado pensar em um ser humano como um complexo mente-corpo finito, contingente, de substância física real, e demarcado por todos os lados pelo mundo físico. O que poderíamos saber sobre a pessoa? Poderíamos observá-la interagindo com outras particularidades objetivas em uma "realidade" que era observável, e onde as coisas funcionavam em obediência ao princípio de causalidade e, portanto, da necessidade. Regulados por estas idéias, podemos discutir a natureza humana apenas na linguagem da ciência empírica. Todavia, para Kant esta era uma visão abstrata da pessoa humana.

> [Existem] dois pontos de vista a partir dos quais [a pessoa] pode ver a si mesma e conhecer as leis que regem o emprego de suas capacidades e que, por esse motivo, regem todas as suas ações. Primeiro, ela pode considerar-se – na medida em que pertence ao mundo sensível – como alguém que vive sob as leis da natureza (heteronomia); em segundo lugar – na medida em que pertence ao mundo inteligível –, pode considerar-se como alguém que vive sob o domínio de leis que, por não dependerem da natureza, não são empíricas, mas têm sua base tão-somente na razão (citado em Williams, 1964: 120).

Quando as ações e escolhas do homem forem vistas como eventos no mundo espaço-temporal, deverão ser submetidas às leis de necessidade empírica. Tome-se, por exemplo, a área do direito criminal. Quando começamos, como observadores independentes, a explicar as ações humanas, podemos remeter a perpetração de crimes a fatores como a hereditariedade, a educação e o meio ambiente. Criamos um esquema explicativo eficaz. Um esquema que, de tão eficaz, começa a dar a impressão de que era impossível, para a pessoa, não ter agido desse modo; impõe-se-nos uma inevitabilidade de ação. O que acontece com nossas idéias comuns sobre o livre-arbítrio? Parece que só usamos tais idéias devido à falta de informação sobre as condições, os fatores e os graus de influência que nos impedem de ter um conhecimento total do ato praticado por uma pessoa – e, portanto, de prever exatamente o que ela faria nas circunstâncias. Por conseqüência, à medida que a ciência avança teremos menos confiança na realidade da moralidade. O direito criminal, por exemplo, vai tornar-se redundante, substituído por medidas de proteção social (que pretendem impedir a conduta indesejada, de maneira determinista).

O homem transcende sua natureza empírica e é capaz de um curso de ação regido pela razão prática

Kant, porém, observa que mesmo à luz dessa potencialidade insistimos em considerar o homem responsável por suas ações, e aderimos à prática social geral de atribuir-lhe a culpa ou a recompensa devida. Quando usamos a *razão teórica*, adotamos uma postura que se transformou nos diferentes papéis de criminologista, sociólogo, psicólogo etc., enquanto, em nosso papel cotidiano na sociedade civil, atribuímos a alguém o louvor ou a culpa, consideramos a situação à luz da razão prática. É à luz da *razão prática* que temos sentimentos morais e elaboramos leis que têm, como seu pressuposto, o fato de que as pessoas não necessitam infringi-las. Na verdade, estamos dizendo que uma pessoa não *deveria* fazer certas coisas, e, se ela não devia ter praticado uma ação, mas na verdade a praticou, estamos dizendo que, para ela, deveria ter sido possível não praticá-la. Contudo, enquanto psicólogos etc., te-

mos o potencial de oferecer uma explicação completa que nos leve à conclusão de que não há, simplesmente, nada de visível a nós que pudesse ter permitido que a pessoa se abstivesse da prática da ação. É nesse dilema que Kant introduz um estranho conceito peculiar à ação humana ao qual chama de "outra causalidade", aquela da "liberdade".

Esse é um exemplo do que Kant chamava de "objetos transcendentais". Trata-se de objetos que transcendem a experiência e os sistemas descritivos baseados na sensação. O criminologista que baseia sua abordagem nos fundamentos do empirismo nunca será capaz de levar em consideração o funcionamento dessa "causalidade". Contudo, mediante o uso de objetos transcendentais podemos considerar o delito em questão (ele usa o exemplo da mentira) como algo totalmente indeterminado em relação à condição anterior do homem. É "como se o infrator deflagrasse uma série de efeitos completamente por si próprio". Kant afirma que, quando nos vemos diante de uma situação em que nossa razão teórica nos diz que condições empíricas determinaram as ações de uma pessoa, podemos ainda sustentar, legitimamente, que tal pessoa é responsável, e culpá-la. Estamos, portanto, justificados ao considerar um homem responsável por suas ações ainda que, como (futuros) criminologistas, também possamos dizer que "antes de terem acontecido, estão todas predeterminadas no caráter empírico". Como estamos justificados nesse caso? Kant afirma:

> essa culpa tem por base uma lei da razão por meio da qual vemos a razão como a causa que, independentemente de todas as condições empíricas acima mencionadas, poderia e deveria ter determinado que o homem agisse de outra maneira. Na verdade, não vemos a causalidade da razão como algo que simplesmente acompanha a ação, mas como uma coisa completa em si mesma, ainda que os motivos sensíveis não lhe favoreçam a ação, mas inclusive a ela se oponham; a ação é imputada ao caráter inteligível do homem, e ele é agora totalmente culpado, no momento mesmo em que mente; portanto, a razão era totalmente livre, não obstante todas as condições empíricas do ato, e o feito tem de ser inteiramente imputado a essa falha da razão (*Critique of Practical Reason* [Crítica da razão prática], A 555, citada e comentada em Acton, 1970: 45-6).

Assim como o conhecimento fechado e determinado que o observador empírico espera identificar, existe sempre "uma outra causalidade" em operação, que pode assegurar um diferente curso de ação, e esse "outro" é, por sua própria natureza, incapaz de localizar-se em qualquer série causal da cadeia espaço-tempo. O homem participa tanto do domínio empírico quanto do moral. A capacidade de compartilhar esse outro domínio de causalidades é, ademais, o aspecto do homem que faz dele o sujeito ideal para o louvor e a condenação moral que acompanham a participação nas disposições lingüísticas e práticas de nosso mundo. Além disso, é com base no pressuposto da operação da "vontade" humana e nos conceitos a ela associados que a vida prática, livre e racional se torna possível. Essa vida racional e livre vem da interação da vontade com uma lei *a priori* que é fundamental para o funcionamento da moralidade. Kant afirmava:

> Essas categorias da liberdade – pois assim desejamos chamá-las, em contraposição aos conceitos teóricos que são categorias da natureza – têm uma vantagem manifesta sobre estas últimas, que são apenas formas de pensamento que, através de conceitos universais, designam, de maneira indefinida, objetos em geral para cada intuição que nos seja possível. As categorias da liberdade, por outro lado, são conceitos práticos elementares que determinam a faculdade da livre escolha. Embora não nos possa ser dada nenhuma intuição que corresponda exatamente a essa determinação, a faculdade da livre escolha tem por base, *a priori*, uma lei prática pura, e o mesmo não se pode afirmar a propósito de qualquer dos conceitos do uso teórico de nossa faculdade cognitiva (*Critique of Practical Reason*, citado em Beck, 1960: 139).

Contudo, esses conceitos, que para Kant constituem a base da vida prática, introduzem uma confusão terrível, pois estão "para além dos limites" da razão científica[12]. Podemos então nos dar conta de que as leis da moralidade são leis da razão pura.

Há um limite para além do qual o conhecimento científico empírico não pode ter pretensões, e ficamos livres para argumentar que as leis da natureza não são a única forma de causalidade; há uma outra abordagem da compreensão do que significa ser humano que se baseia nessa "fé racional". Essa "fé" preserva a moralidade contra os ditames impostos pelo conhecimento científico. Não pode haver nenhum conhecimento dessa outra causalidade, ainda que – como somos informados – os conceitos gerais relativos a esses aspectos que extrapolam os limites do conhecimento sejam dotados de significado. De fato, a razão teórica precisa da existência

12. Na estrutura do projeto kantiano, elas constituem a "terceira antinomia" de Kant. Uma antinomia é um par de afirmações contraditórias que podem ser, ambas, devidamente comprovadas, e ambas as quais representam um interesse crucial e essencial para a razão. São sancionadas pela possibilidade de emitir juízos "sintéticos *a priori*" (afirmações nas quais o predicado não está logicamente incluído no conceito do sujeito; como exemplo de juízo sintético, temos o enunciado "este homem é um ladrão" – uma afirmação cuja verdade só pode ser validada pela experiência. Kant afirma que alguns juízos sintéticos são logicamente verdadeiros; um exemplo crucial está no enunciado "todo evento tem uma causa"). Na terceira antinomia, o conflito provém do conceito de causalidade. A afirmação de que tudo tem uma causa serve para situar os elementos de causalidade no tempo e sob as leis da natureza; porém, se tudo deve ter uma causa, então deve existir uma causa que não é um evento no tempo e sob as leis da natureza. Mais ainda, essas duas considerações são necessárias para conferir absoluta validade aos princípios de causalidade; contudo, parece que ambas não podem ser verdadeiras. A solução dessa antinomia encontra-se, para usarmos o título do livro de Strawson sobre Kant, em uma divisão dos "limites do sentido" (1966: 12). A tese, que afirma a realidade causal não contida nos limites das leis naturais, e a antítese, que afirma que toda causação fica nos limites das leis naturais, quer das já conhecidas, quer daquelas ainda por descobrir, podem ser ambas verdadeiras se suas respectivas áreas forem discriminadas. As áreas de cada uma restringem-se a seus domínios específicos e não podem, legitimamente, extrapolar os limites ou confins de sua esfera. Portanto, a tese aplica-se à relação entre *números* (que representam a coisa-em-si, e que aqui contêm a idéia de uma causa suficiente) e fenômenos, enquanto a antítese se restringe às relações entre os fenômenos. Legitimam-se, assim, as aplicações separadas e distintas do entendimento humano que são compatíveis na existência; a legitimação desse estado de coisas é ocasionada pela distinção entre o mundo da aparência e o mundo dos *nôumenos*. Esse dualismo restringe a ciência e restabelece o mistério; não se trata, contudo, de uma superstição ou de um mistério dogmático, mas sim de um mistério de bases racionalmente demonstradas.

desse outro domínio para sua própria completude, mas não pode nunca estabelecer sua natureza[13]. Sem ele, porém, o próprio ser da razão teórica corre risco e, se tentarmos prescindir do domínio do "outro", iremos "lançá-la [a razão teórica] no abismos do cepticismo".

O imperativo categórico

De sua parte, o funcionamento da liberdade humana sujeita-se às regras dos inteligíveis[14]. Podemos criar regras sobre o certo; podemos determinar o que a natureza exige de nós. As exigências fundamentais da moralidade são concebidas de modo que façam parte da própria estrutura da racionalidade; segue-se, então, que as exigências morais devem, *a priori*, ser reconhecidas por todos os seres racionais como obrigatórias. O papel do filósofo moral consiste em buscar os axiomas do certo e os princípios de ação que correspondem aos princípios de moralidade. A mais famosa regra de Kant é o *Categorical Imperative* [Imperativo categórico]:

> Age somente segundo uma máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal.
>
> Age como se a máxima de tua ação pudesse ser erigida, por tua vontade, em lei universal da natureza (*Groundwork of the Metaphysics of Morals*, 1981: 421; 30).

Kant argumenta que as únicas regras morais aceitáveis são aquelas que todos poderiam adotar. A moralidade nos impõe princípios e condições para a ação que – uma vez compreendidos – estão racionalmente qualificados ao consentimento de qualquer comunidade possível; além disso, Kant insinua que, na base de nossas posições morais, existe apenas um conjunto de tais princípios e condições que passarão no teste de aceitabilidade crítica racional. A tarefa da filosofia moral consiste em empenhar-se em revelar esse conjunto de princípios.

13. "Portanto, a questão de saber como um imperativo categórico é possível pode ser respondia na medida em que se possa fornecer o único pressuposto sob o qual esse imperativo se torna possível por si só – em outras palavras, a idéia de liberdade. A necessidade desse pressuposto é discernível, e em grande parte isso é suficiente para o uso prático da razão, isto é, para deixar-se convencer da validade desse imperativo e, portanto, da lei moral; mas o modo como esse pressuposto se torna possível em si mesmo não poderá nunca ser discernido pela razão humana" (Kant, *Grounding for the Metaphysics of Morals* [Fundamentos da metafísica dos costumes], 1981: 461; 60).

14. Lembrando que, para Kant, "fundamentalmente, o verdadeiro método da metafísica é o mesmo que, introduzido por Newton nas ciências naturais, tem produzido resultados tão frutíferos", uma afirmação como "a causalidade psicológica submete o homem a uma necessidade natural tanto quanto o faz a 'causalidade mecânica'" reflete o desejo kantiano de afirmar funcionamento cumpridor das leis que caracteriza a esfera dos inteligíveis. De modo interessante, na cronologia da produção de Kant uma obra anterior, a *Crítica da razão teórica*, é comumente interpretada como se concedesse uma liberdade irrestrita e essa outra esfera, ao passo que na *Crítica da razão prática* o filósofo a vê como uma esfera sujeita a seu próprio gênero de causalidade. A operação dessa esfera é desprovida de matrizes espaço-temporais, estando assim fora do tempo; isto significa que, em sentido crucial, a moralidade é também atemporal. Vemos, portanto, que a contingência e a eternidade coexistem na totalidade da reconciliação kantiana.

Reconhecemos implicitamente os fundamentos da razão prática e de nosso livre-arbítrio em nossas atividades cotidianas de louvor e censura

Quando uma infração é cometida nesse mundo kantianamente reconciliado, o que na verdade traz consigo a enunciação lingüística da condenação não é o caráter da atividade, imanente e ligado ao fenomenal, mas o caráter inteligível. Quaisquer que sejam os padrões das formas de vida do mundo dos fenômenos que configuram a posição sociológica ou psicológica (em sentido behaviorista, por oposição ao sentido kantiano, mais vago) de uma pessoa, não afetam a iniqüidade de seu ato, um mal que é dela e foi por ela introduzido no mundo no exercício de sua liberdade[15].

Para Kant, as categorias da razão prática – o funcionamento da lei moral – fornecem um mecanismo que estabiliza os desejos conflitantes e os impulsos empíricos do mundo espaço-temporal, e a lei moral é a condição de funcionamento do "eu" que é verdadeiramente "eu mesmo". Esta é, porém, uma tarefa difícil, e Kant coloca a natureza da "vontade" na posição central de sua solução. Ali, faz distinção entre o desejo no animal, forma humiana que sujeita a razão às paixões, e a forma superior de desejo que não apenas sujeita as paixões à razão, mas que se submete, ela própria, ao poder da razão. Os indivíduos racionais são parte de um universal racional. Aqui, porém, temos um problema fundamental – o da relação da vontade com o mundo das aparências. De que modo a decisão moral, a atividade da vontade, o pensamento moral, interagem com o mundo fenomenal? Na verdade, como vai exercer controle, ou mesmo ser relevante? Kant argumenta:

> É dever do homem lutar por essa perfeição, mas sem alcançá-la (em sua vida), e sua obediência a esse dever pode, nesta perspectiva, consistir apenas em progresso contínuo (*ibid.*, VI: 446; 241).

A lei moral só pode existir na esfera fenomenal como um ato de vontade, de empenho consciente por parte de pessoas reais. Reflexivamente, podemos avaliar ações possíveis. A dupla categorização kantiana do "desejo", tão diferente da leitura empirista de Hume, envolve nossa capacidade de avaliar nossos desejos, ver alguns de-

15. Kant afirma que demonstramos nosso reconhecimento desse fato em nossa experiência do remorso. O remorso, diz ele, mesmo quando assume a forma de rotular um acontecimento de acidente ou engano, só pode, por sua própria natureza, ter uma causa verdadeira. Ao contrário do arrependimento (que é a simples reflexão que se segue a um evento), o remorso é reflexão sobre um mal introduzido no mundo. O remorso não é expiação, não pode desfazer o que foi feito; trata-se simplesmente do doloroso reconhecimento de que nós, em nossa liberdade, cometemos um erro.

les como qualitativamente "desejáveis" e outros como qualitativamente "indesejáveis"; a ação a partir de alguns como "aceitável", e de outros não; e isso para reconhecer que a diferença crucial entre o homem e o animal senciente é a lei moral do primeiro.

A ação sob a lei moral liga-se a nossa capacidade de auto-avaliação, e o traço distintivo entre a instância kantiana e a humiana encontra-se não no fato de sermos conscientes de nossa capacidade de tomar decisões a propósito de ações desejadas, mas em dois tipos diferentes de avaliação dessa consciência. A humiana é submetida a uma esfera em que a avaliação é, e não pode deixar de ser, um modo de análise quantitativa. O indivíduo é ligado aos sentimentos mais desejáveis em um plano de sensibilidade e satisfação eventual. No ato de decidir entre dois cursos de ação possíveis, a instância de Humes tenta tornar desejos diferentes comensuráveis de acordo com os requisitos da instrumentalidade, funcionalidade e sistematização por via da utilidade. Por sua vez, a instância kantiana pretende transcender a avaliação quantitativa mediante a imposição de avaliações qualitativas. A lei moral é contingente à capacidade de ordenar, classificar e categorizar o valor qualitativo de desejos diferentes quando são julgados por princípios morais.

A ambição da construção empirista do conhecimento consistia em transformar a razão, tanto quanto possível, em instrumento de cálculo egoísta, uma ambição cuja expressão máxima deu-se na doutrina do utilitarismo. Kant não a aceita e declara que engajar-se na avaliação qualitativa de nossos desejos significa engajar-se em um modo de vida qualitativamente diverso – que chama de verdadeiramente livre – que exprime a qualidade distintiva do ser humano. A esfera desse juízo, a esfera do "deve", não pode existir na natureza puramente material; depende dos seres que vivem apartados da natureza material[16].

A transcendência kantiana da caverna e a visualização do verdadeiro nexo da humanidade provêm de recursos inerentes ao próprio homem – a sua razão, que confere o *ideal* de humanidade. A lei moral, que corresponde não a nenhum regime particular de moralidade (que, apesar de costumeiro, pode ser visto como injusto ou tirânico), mas à coerção da moralidade em si, é entranhada na pessoa devido à sua humanidade; não é um mero cálculo do interesse pessoal, mas encontra-se na

16. A tendência do utilitarismo tem consistido em abolir as distinções qualitativas de valor com base no fato de que representam percepções confusas das verdadeiras bases de nossas preferências, que são sensórias e quantitativas; está aí implícita a esperança de que, uma vez que nos desvencilhemos de uma forte avaliação, seremos capazes de calcular friamente – mas a base de cálculo benthamista foi precedida pela comensurabilidade das unidades que totalizam as unidades significativas de prazer e dor. Os utilitaristas estão certos ao verem seu inimigo como o mecanismo de forte avaliação qualitativa, pois o mecanismo da *Razão prática* kantiana não pode ser simplesmente reduzido a mero cálculo. Além disso, é mais do que a diferença entre avaliação quantitativa e qualitativa, ou a presença, *per se*, de um desejo mais alto, mas é a capacidade que têm os desejos de se distinguirem relativamente ao valor – e, desse modo, à idéia de uma tabela de valores. O indivíduo kantiano se abstém de mentir não porque isso irá trazer tal ou tal conseqüência, mas porque tal prática é simplesmente desprezível.

obediência àquilo que é parte da pessoa mesma – e não a uma força externa[17]. Como sujeito, o homem extrai os preceitos da ação de sua própria vontade, e não de alguma fonte empírica externa: o homem em circunstâncias empíricas pode sentir paixões e desejos que o levam a agir de determinada maneira – mas ele dispõe da aptidão da vontade para substituir esses desejos pela vontade de realizar outra atividade além daquela que é objeto de seu desejo. Depois de refletir,

> Ele deve admitir, sem hesitar, que para ele é possível. Ele julga, portanto, que pode fazer uma coisa porque é consciente de que deve fazê-la, e reconhece em si mesmo a liberdade que, não fosse a lei moral, ter-lhe-ia permanecido desconhecida (1949: 30).

Como sintetiza Acton:

> Um homem que, para tentar desculpar-se de um ato condenável, remete à sua hereditariedade e situação financeira, está por assim dizer abandonando racionalmente sua racionalidade (...) afirmar que não foi possível evitar equivale a colocar-se como sujeito passivo de estímulos externos ao mesmo tempo que se demonstra que não se é tal coisa (...). Se reconhecemos as obrigações que a moralidade nos impõe, vemo-nos *ipso facto* como pessoas livres, pois aceitamos a lei moral como algo em consonância com nossa razão prática, e pressupomos nossa capacidade de ajustamento a ela (1970: 51-2).

DEFININDO A ONTOLOGIA DO AGENTE RACIONAL

O homem se constitui tanto no domínio fenomenológico quanto na transcendência deste, o dos nôumenos; portanto, a verdade absoluta do homem – sua "essência" – está além da armadilha da contingência empírica, além do tempo, além da expressão temporal. O homem vacila entre dois modos de ação e encontra-se realmente separado do mundo empírico natural das aparências, ou do mundo político que lida com os desejos materiais da humanidade. Ele pertence a dois domínios – o empírico e o ético/moral[18].

17. Kant afirma: "O homem é um ser que tem o poder da razão prática e é consciente de que sua escolha é livre (uma pessoa); e, em sua consciência da liberdade e em seu sentimento (que é chamado de sentimento moral) de que justiça e injustiça são cometidas contra ele, ou por ele contra outros, ele vê a si mesmo como alguém sujeito à lei do dever, não importa quão obscuras possam ser suas idéias" (*Anthropology*, 1974: 185).

18. É muito conhecida a objeção de que Kant nos apresenta uma situação teórica habitada por "pessoas" muito abstratas ou empiricamente "irrelevantes", que conservam uma autonomia ou independência majestosas à custa da negação de sua própria realidade enquanto indivíduos reais e empíricos (isto é, de sua "real" individualidade). Isso já foi percebido de início: Hegel encontrava em Kant o erro do idealismo ao apartar-se do mundo, e via a filosofia kantiana como criadora de um dilema quando procura estabelecer a existência de Deus (o fundamento absoluto do bem no mundo) através da ciência da razão, mas passando essa

A reflexão do homem sobre as forças das quais é intermediário leva-o tanto ao "firmamento estrelado acima [quanto] à lei moral que lhe é inerente". Na ação prática, o homem combina continuamente os conceitos apriorísticos e universalistas da lei moral com sua ativa interpretação da existência social. A aplicação dos princípios transcendentais é a tarefa ativa da vida moral[19].

CONTRASTANDO O CERTO E O BEM

As doutrinas centrais da obra posterior de Kant sobre o direito, *The Metaphysics of Morals* (que contém *The Metaphysical Elements of Justice* [Elementos metafísicos da justiça]) parecem universalizar as afirmações morais, afastando-as de sua localização em qualquer comunidade particular, e apresentam o raciocínio moral como universal a todos os homens (seres racionais). A *Metafísica* é precedida por um livro intitulado *Grounding of the Metaphysics of Morals* (diferentes traduções aqui utilizadas remetem a 1959, 1964 e 1981), obra que Kant direciona ao leitor comum, que tem um "conhecimento racional comum da moralidade". O texto deve atuar "dentro do conhecimento moral da razão humana comum" e revelar as condições essenciais das idéias comumente defendidas na época, a constituição racional do *sensus communis*. A precondição essencial é que existem as situações em que as pessoas sabem muito bem discernir, na prática, o certo e o errado, o bem e o mal, a obrigação e a resposta, e nossa tarefa consiste em descobrir a base racional dessa configuração.

A obra de Kant procura fundar a modernidade na universalidade, no sentido de que se preocupa em destruir as limitadas concepções substantivas das respostas morais condicionadas que provêm da socialização, em *sensus communis*, por parte da força retórica da racionalidade universal do homem. Kant não está preocupado em pôr a descoberto as crenças de nenhuma área específica, de nenhuma comunidade, mas sim em formular para todo e qualquer "homem": a metafísica é "a ciência que mostra, em conexão sistemática, todo o corpo (ao mesmo tempo verdadeiro e ilusório) do conhecimento filosófico que provém da razão pura" (*Critique of Pure Reason* [Crítica da razão pura], A 841-B 869, citado em Acton, 1970). Os homens compartilham uma natureza racional e são capazes de autodireção: "a natureza racional se distingue das outras no sentido de que propõe um fim em si mesma" (1959: 56). A característica central do homem, do homem social, está no fato de ele envolver-se com uma "esfera dos fins" na qual "tudo tem ou preço ou dignidade. Tudo que tem preço pode ser substituído por outra coisa como seu equivalente; por outro lado, tudo que está além de qualquer preço, e portanto não admite equivalente, tem dignidade".

busca para o domínio da fé na *Crítica da razão prática* quando a razão não apresenta resultados satisfatórios. Para Hegel, Kant é forçado a se dar conta das falhas da filosofia crítica; uma falha centrada na impossibilidade de conhecer a "coisa-em-si" (Hegel, *History of Philosophy* [História da filosofia], Vol. 3, 428-30).

19. O agente kantiano não está preso a um cosmo de significado fixo, razão pela qual enfrenta o mundo em seus próprios termos – uma liberdade moral de agir que é transcendentalmente regida. Ao deparar-se com o mundo natural desumanizado, o agente atua em um mundo sociomoral desnaturalizado, regido por princípios do "outro" transcendental. As operações do homem na sociedade são ditadas pelo primado da razão prática sobre a razão teórica – a razão prática tem existência dupla: tanto no contexto da criação pública e na posição sociopolítica aberta quanto em circunstâncias privadas, ainda que de fundamentos universais.

Aquilo que está ligado às inclinações e necessidades humanas gerais – algo a que podemos chamar de *bem* – tem um preço de mercado. Aquilo que, sem pressupor nenhuma necessidade, corresponde a um certo gosto, isto é, com o prazer no mero jogo sem objetivo de nossos meios e recursos, tem um preço efetivo. Mas aquilo que constitui a condição sob a qual somente alguma coisa pode ser um fim em si mesma não tem um mero valor relativo, isto é, um preço, mas sim um valor intrínseco, isto é, dignidade. A isso podemos dar o nome de *certo*.

> A moralidade é a única condição sob a qual um ser racional pode constituir um fim em si mesmo, pois somente através dela é possível ser membro legislativo da esfera dos fins. Assim, a moralidade e a humanidade, na medida em que esta é capaz de moralidade, detêm o privilégio exclusivo da dignidade. A habilidade e a diligência no trabalho têm um valor de mercado (...), mas a fidelidade às promessas e a benevolência para com o princípio (não baseado no instinto) têm valor intrínseco.
>
> As ações [morais] não precisam da recomendação de nenhuma disposição ou gosto subjetivo para que as possamos ver com apreço e satisfação imediatos, e tampouco precisam ser alvo de alguma inclinação ou sentimento imediatos. Elas exibem a vontade que as torna objeto de um respeito imediato, uma vez que, para impô-las à vontade, não se precisa de nada além da razão (1959: 53).

A sociedade não deve nunca incorrer na mentalidade de "mercado" em questões de punição – a dignidade não admite os cálculos e o etos administrativo dos "preços", mas tão-somente os laços absolutos do raciocínio deontológico[20].

Contraste entre o certo e o bem: a crítica ao utilitarismo

O legado deontológico de Kant contém um ataque central ao utilitarismo. Bentham (ver discussão no capítulo 8 deste livro) apresentou a utilidade como princípio-chave para se superar, em parte, as narrativas subjetivistas dos intuicionistas morais relativamente ao que constituía, na moralidade, o certo e o bem. Os intuicionistas morais poderiam responder a Bentham com o argumento de que o princípio de utilidade é atraente porque, aparentemente, é isso que é inerente aos desejos do homem – felicidade, não sofrimento –, e que além disso temos a crença intuitiva de

20. Com efeito, Kant reconhece a "mentalidade de mercado" como uma espécie totalmente diversa de ordenamento social – é determinada por gratificação sensória e recompensa pela submissão (fetichismo de produtos). Sua estrutura é oposta àquela de um *sensus communis* verdadeiramente racional e universal, e portanto carece dos recursos que permitam que a razão se instaure.

que deveríamos sentir mais prazer e menos infelicidade e sofrimento neste mundo. Segundo esta leitura, Bentham simplesmente se apodera dessa intuição e a transforma em uma teoria geral. O utilitarismo sugere que deveríamos nos concentrar na conseqüência de qualquer ato – não há nada de intrinsecamente bom ou certo em um ato; o bom ato é aquele que produz maiores conseqüências para a felicidade e o prazer, ou que tem a conseqüência de satisfazer as preferências das pessoas.

Contudo, o utilitarismo freqüentemente se depara com um conjunto de objeções que podemos chamar de *monstruosidade moral*, em que o resultado que parece melhor em termos conseqüenciais corre em direta oposição a nosso raciocínio intuitivo e à idéia do certo. Para abordar essa questão, podemos nos engajar em diferentes experiências mentais[21].

Um grupo comum de exemplos é chamado de dilemas dos médicos. No primeiro exemplo, devemos imaginar que estamos em tempo de guerra. Um médico está cuidando de um homem gravemente ferido, em condições em que o próprio médico está arriscando sua vida. Para salvar o homem, ele precisa de todo seu tempo e atenção: não pode distrair-se de modo algum. Se cuidar de qualquer outra coisa além desse homem, ele morrerá. Nosso médico está correndo um grande risco, mas se esquece de tudo isso. Ao fim e ao cabo, ele sobrevive e o homem se salva. Diríamos que o médico não é apenas muito corajoso, mas que se trata de um herói. Com a própria vida em risco, manteve-se fiel a seu objetivo. Deve ser recompensado. Entretanto, e se a distração possível fosse o fato de que não havia um único homem ferido, mas vários? Imaginemos que haja mais cinco feridos: seu estado não é realmente tão grave quanto o do primeiro, mas morrerão se não forem atendidos. Se o médico concentrar seus esforços no homem mais gravemente ferido, os outros morrem. Imaginemos que ele assim procede, e que os outros cinco morrem – será ele ainda um herói? Devemos recompensá-lo ou achar que tomou a decisão errada? E se ele descuidar do primeiro para atender os outros, e o primeiro morrer? Já admitimos que, se o médico ficar cuidando dele, estará praticando um ato digno de louvor, mas estaria ele justificado se deixasse o primeiro morrer para cuidar dos outros? E se alguns dos feridos forem oficiais, e alguns soldados rasos? Deve o médico empenhar-se mais no tratamento dos oficiais? E se alguns dos feridos forem na verdade inimigos capturados, que há bem pouco tempo estavam tentando matar os membros da companhia à qual o médico pertence?

21. A apresentação de experiências intelectuais antiutilitaristas é uma tática comum que alguns escritores tentam atenuar ao estabelecerem uma distinção entre o utilitarismo de ato (que considera a ação como uma espécie de regra geral e leva em conta os efeitos da observação geral ou da não-observação da regra). Uma defesa comum consiste em afirmar que, se agíssemos da maneira "desumana" que a utilidade parece sugerir, haveria uma perda geral de confiança em nossas instituições sociais, e a felicidade social geral entraria em declínio. Por exemplo, o nível de confiança diminuiria. Ao menos em teoria, é fácil desembaraçar-se desse tipo de argumento – bastaria considerar os atos de tal maneira que não se tornassem públicos, o que impediria que houvesse perda de confiança.

O segundo dilema também diz respeito a um dilema médico: vamos chamá-lo de *o paciente do quarto 306*. Nosso médico está num hospital em que seis pacientes aguardam por um transplante de órgãos; um deles precisa de um fígado, outro de um coração, um terceiro de um rim, e assim por diante. Sem os transplantes, os seis morrerão. Não há órgãos disponíveis. Um paciente do quarto 306 está ali para submeter-se a uma operação de rotina. Seus órgãos são saudáveis. E se o médico usar o paciente do quarto 306 como fornecedor de órgãos? Esse paciente morrerá, mas será fonte de vida para outros seis. Se assim procedesse, o médico não estaria praticando um gesto nobre? Criar condições para o florescimento da vida...

O terceiro exemplo, o melhor de todos, é o de a punição de um inocente ocasionar um grande bem geral. O utilitarismo justifica que as pessoas sejam punidas somente se o castigo produzir as melhores conseqüências. Para uma teoria da punição como meio de dissuasão, não se pune alguém porque é certo e justo que certas pessoas sejam punidas; ao contrário, elas são punidas de modo que, em decorrência do ato de punição, o transtorno social diminua, uma vez que o crime é reprimido. Examinemos, porém, o exemplo seguinte, que em geral se conhece como *o dilema do xerife*. Estamos numa cidadezinha do sul dos Estados Unidos, e nela corre o boato de que um negro estuprou uma mulher branca. O xerife local é basicamente um homem de boa índole. Ele se dá conta de que uma multidão de linchadores armados está se preparando para ir para o bairro negro da cidade, o que vai resultar em um grande número de espancamentos e linchamentos. Por entender que muitas pessoas vão sofrer, o xerife vai para o bairro negro antes que os linchadores ali cheguem, e prende um negro que é uma pessoa decente, simples, boa e totalmente inocente. O xerife manda prendê-lo, submete-o a um julgamento simulado e manda enforcá-lo. Diz então à multidão de linchadores: "Muito bem, já peguei o estuprador; ele confessou o crime e foi enforcado; se quiserem, podem ir ver com seus próprios olhos." Nada mais justifica que os linchadores se dirijam ao bairro negro para linchar alguém. O resultado é que muitas vidas são salvas. Justifica-se a ação do xerife? Quase todos respondemos: "não, pois quem foi punido era inocente". O xerife, porém, pode alegar que a pessoa em questão teve uma morte rápida e quase indolor, e que, muito embora seu sofrimento tenha sido lamentável por tratar-se de alguém inocente, foi mínimo em comparação com o sofrimento que teria tomado conta da cidade se os linchadores tivessem se lançado sobre um grande número de inocentes.

A maioria das pessoas acredita que o utilitarismo está errado nessas situações, e que se contrapõe a fortes intuições que temos sobre a prioridade do certo sobre a avaliação conseqüencialista.

O quarto exemplo é mais sutil (tem algo dos dilemas médicos), e foi apresentado por Bernard Williams (1973). Pede-se que imaginemos um explorador inglês que vai para uma cidade sul-americana para encontrar um pelotão de fuzilamento que está prestes a matar vinte índios em represália por atos de protesto contra o governo. O capitão da milícia oferece ao visitante o "privilégio" de atirar em um dos índios com a condição de que, se ele assim o fizer, os demais serão libertados; caso contrá-

rio, diz ele, todos os vinte serão fuzilados. Como não há possibilidade alguma de o visitante desarmar o capitão pela força, o que deve então fazer? O utilitarismo responde que ele deve matar o índio, e Williams comenta o fato de que o utilitarismo não apenas dá essa resposta, mas também a dá como resposta óbvia. Williams não a considera tão óbvia por uma série de razões, aí incluídos o ato de matar e o fato de que o argumento utilitarista parece impor ao visitante o dever de cometer um crime. O utilitarismo não põe em relevo a inconveniência de se forçar uma pessoa a fazer algo que vai contra seus valores. No caso em questão, espera-se que o visitante faça uma coisa à qual todo seu ser e sua integridade se opõem. O utilitarismo simplesmente não leva em conta esse conceito de dignidade ou a idéia de que uma pessoa tem uma personalidade moral transcendente.

Contrastando o certo e o bem: o exemplo da condenação e da punição

A punição é a imposição deliberada de sofrimento, e em geral acreditamos que a imposição consciente de sofrimento, perda, miséria e privação a uma pessoa equivale a fazer algo moralmente errado; de que modo, então, iremos justificar essa ação deliberada? O utilitarismo sustenta que a única razão válida para se punir alguém é a expectativa das conseqüências favoráveis que possam advir de tal prática, enquanto a teoria da retribuição sustenta que a punição só se justifica pelo fato de levar o infrator a receber aquilo que merece. Essas posições teóricas são contraditórias; uma olha para o futuro, a outra para o passado.

A posição utilitarista clássica – aquela dos filósofos e reformadores do direito na tradição de Beccaria, Jeremy Bentham e William Paley (1743-1805) – pode ser resumida nas seguintes proposições:

1. A única razão aceitável para se punir uma pessoa é o fato de que a punição irá ajudar na prevenção ou redução do crime.
2. A única razão aceitável para se punir uma pessoa de determinada maneira ou em determinado grau é o fato de tal maneira ou grau oferecerem a maior probabilidade de redução ou prevenção do crime.
3. As pessoas só devem ser punidas se a punição for o melhor modo de prevenir ou reduzir o crime.

Ao condenar alguém, um juiz utilitarista tem os olhos voltados para o futuro. Está preocupado com o bem que a punição possa trazer a todos os envolvidos no caso. O objetivo geral consiste em elevar ao máximo a felicidade de todos. O crime é uma redução da felicidade. Os juízes e legisladores utilitaristas vêem a punição como apenas uma das medidas para se lidar com o crime. O maior valor da punição consiste em dissuadir ou prevenir o crime. A punição é uma dissuasão geral

quando desestimula outros delinqüentes potenciais de cometer crimes, por medo de que venham passar pelos mesmos sofrimentos de um criminoso condenado. Será uma dissuasão específica quando desestimular o próprio infrator de cometer um crime.

Por sua natureza, a punição leva a um certo sofrimento – o sofrimento do criminoso. Um bom utilitarista deve mostrar, portanto, que a punição é preferível às medidas de redução do crime que provocam menos (ou nenhum) sofrimento. Entre outras maneiras de prevenir ou reduzir o crime, os utilitaristas clássicos (e modernos) levam em conta os meios capazes de diminuir as tentações de cometer crimes. Os exemplos desses meios são o controle da venda de explosivos ou de armas de fácil ocultamento, as advertências no sentido de nunca deixar bens portáteis à vista ou sem chave, ou a impressão de moeda corrente de difícil reprodução. Ao conceber um código penal, os utilitaristas vêem tais questões como passíveis de motivar o criminoso que planeja um crime a cometer o menos sério dentre as alternativas que possa ter em mente. Por exemplo, se a pena tanto para estupro quanto para homicídio qualificado for a execução, o estuprador não se sentirá estimulado, no que diz respeito ao Código Penal, a deixar sua vítima com vida.

Do ponto de vista utilitarista, nenhuma legislação penal estará garantida se não for eficiente, isto é, se não servir para a prevenção ao crime. Isso exclui as leis *ex post facto* e as que não são adequadamente promulgadas, assim como a punição de crianças, de pessoas com problemas mentais ou que foram fisicamente forçadas a fazer o que fizeram. A legislação penal também não deve ser inútil ou desnecessária. Será inútil quando gerar conseqüências piores, no que diz respeito à felicidade geral, do que o delito que pretende prevenir – por exemplo, a pena capital aplicada no século XVIII aos que roubavam produtos usados para alvejar dos locais onde se fazia esse tipo de trabalho. Será desnecessária quando o crime puder ser evitado ou desencorajado a um custo inferior ao da punição – por exemplo, por meio da instrução já a partir da infância.

Deixar-se levar pelo que o infrator merece, do ponto de vista utilitarista clássico, é o mesmo que confundir-se ou equivocar-se. Paley esclarece bem a questão:

> O crime deve ser evitado de um jeito ou de outro; conseqüentemente, quaisquer meios que pareçam necessários a esse fim, sejam ou não proporcionais à culpa do infrator, serão corretamente adotados, pois na base de tal decisão encontra-se o princípio que, por si só, justifica plenamente a imposição de uma pena. (...) O próprio objetivo com que se institui um governo humano exige que suas normas se adaptem à supressão dos crimes. Esse objetivo, seja como for que possa atuar nos projetos de infinita sabedoria, nem sempre coincide, na determinação das penas temporais, com a punição proporcional de culpa (Paley, Vol. II, Livro VI, cap. 9).

Para cada proposição da perspectiva utilitarista clássica existe uma contraproposição da teoria da retribuição clássica:

1. A única razão aceitável para se punir uma pessoa é o fato de ela ter cometido um crime.
2. A única razão aceitável para se punir uma pessoa de determinada maneira e em determinado grau é o fato de a punição representar aquilo que ela merece.
3. Quem quer que cometa um crime deve ser punido em conformidade com seu grau de merecimento.

A teoria da retribuição pede que o juiz tenha em mente a ação praticada pelo criminoso, isto é, o delito. O que o criminoso merece está ligado ao que fez, à gravidade do crime. As conseqüências possíveis ou prováveis da punição do criminoso são irrelevantes. A teoria kantiana da punição é um argumento racionalista, e tornou-se conhecida como uma teoria dos direitos naturais. Em *The Metaphysical Elements of Justice* [Elementos metafísicos da justiça] (1965), Kant rejeita os argumentos utilitaristas de Beccaria ao mesmo tempo que reforça sua abordagem dos "direitos" com os laços absolutos do raciocínio deontológico. Ele argumenta que não podemos depender de cálculos no que diz respeito aos efeitos da punição, ou da não-punição, sobre o total de bondade existente no mundo (quer definamos tal bondade como prazer, quer como satisfação dos desejos etc.), mas que devemos submeter a punição ao teste que irá demonstrar se ela satisfaz a capacidade de *autonomia* de uma pessoa. Portanto, pressupõe-se que os indivíduos tenham a capacidade de determinar seus próprios objetivos enquanto criaturas livres e racionais, e de levar suas vidas reconhecendo essa capacidade em todos os outros membros da sociedade humana. A punição é, assim, infligida a um indivíduo por sua intrusão na autonomia do outro, e essa punição deve ser associada ao grau e à qualidade de tal desrespeito e intrusão. Segue-se que a punição deve ser rigorosamente limitada, em tipo e duração, à gravidade moral dos atos que o criminoso tenha praticado; contudo, a pureza dessa ligação é tal que ela não deve ser limitada apenas em extensão e duração, motivo pelo qual a punição excessiva é um erro, mas que deve ser infligida sempre que necessário, uma vez que não punir é igualmente errado (não respeita a autonomia do criminoso). Kant é o paradigma da teoria da retribuição clássica:

> A punição judicial não pode nunca ser usada como meio de promover algum outro bem para o próprio criminoso, ou para a sociedade civil; em vez disso deve, em todos os casos, ser-lhe imposta exclusivamente com base no fato de ele ter cometido um crime, pois um ser humano não pode nunca ser manipulado simplesmente como um meio para os fins de outra pessoa. (...) O direito relativo à punição é um imperativo categórico, e pobre daquele que enveredar pelos tortuosos caminhos de uma teoria da felicidade à procura de alguma vantagem a ser obtida por meio da desobrigação penal do criminoso ou da redução de sua pena – em conformidade com a máxima farisaica: "É melhor que um homem morra do que todo um povo venha a perecer." Se a justiça legal perecer, não valerá a pena que os homens continuem vivos neste mundo (Kant, 1797: 331-2).

Ao decidir como e até que ponto um criminoso deve ser punido, Kant insiste em que a única coisa que se pode levar em consideração é o ato por ele praticado. O sistema de punição deve ser rigorosamente formulado, e apenas com base na natureza do crime. E, no que diz respeito à gravidade, a punição deve ser classificada em igualdade de condições com a gravidade do crime. De acordo com esse princípio de igualdade,

> (...) qualquer dano não merecido que infligirmos a uma pessoa será um dano infligido a nós mesmos. Se a difamarmos, estaremos difamando a nós mesmos; se a roubarmos, estaremos roubando a nós mesmos; se a matarmos, estaremos matando a nós mesmos. Somente a lei da retribuição (*jus talionis*) pode determinar com exatidão o tipo e o grau da punição. (...) Todos os outros critérios flutuam ao sabor dos ventos e, tendo em vista que a eles se misturam considerações externas, não podem ser compatíveis com o princípio da justiça pura e estrita (Kant, *ibid.*: 332).

Portanto, Kant nos diz como e até que ponto devemos punir, caso venhamos a fazê-lo. Não se trata, porém, de uma responsabilidade trivial, pois o crime deve receber o que merece. Temos o dever absoluto de dar ao crime o devido castigo:

> Ainda que, por consenso geral, toda uma sociedade civil viesse a desintegrar-se (por exemplo, se os habitantes de uma ilha resolvessem separar-se e espalhar-se pelo mundo), o último assassino ainda na prisão deveria ser antes executado, para que todos paguem por seus atos e para que a culpa associada ao homicídio não seja imputada a um povo que teria deixado de insistir na aplicação da pena; se assim proceder, tal povo poderá ser visto como cúmplice dessa violação pública da justiça legal (Kant, *ibid.*: 333).

Para os utilitaristas, isto não passa de puro rigor moral. É preciso lembrar, porém, que a teoria da retribuição clássica e o utilitarismo clássico são extremos opostos.

A DESCRIÇÃO KANTIANA DA MARCHA DA HUMANIDADE

Em suas diversas discussões sobre moralidade e filosofia política, Kant desenvolve uma visão particular da natureza do progresso e do papel do homem. Para este, progresso é movimento que se volta para o bem supremo. O homem em sociedade, fenomenologicamente considerado, está sujeito às leis da natureza, e em sua existência racional no corpo social está sujeito a leis que se aplicam tanto externa quanto internamente (nós mesmos, considerados tanto fenomenológica quanto noumenicamente). No que diz respeito às leis de nosso estado de liberdade,

> (...) na medida em que só se voltam para ações externas, são chamadas de judiciais; são, porém, éticas quando também exigem que elas próprias [as leis] constituam as bases determinantes da ação.

O homem pode usar as estruturas da cognição humana – a estrutura da ligação entre humanidade e razão – para iniciar a função da vida social na esfera da razão. A humanidade

> (...) não pode prescindir das associações pacíficas e, contudo, não pode evitar as constantes agressões mútuas. Segue-se que [a humanidade] se percebe naturalmente destinada a criar por meio da compulsão mútua, sob leis que provêm dela mesma – uma aliança que, apesar de constantemente ameaçada pela dissensão, faz progressos gerais (*Anthropology*, 1974: 191).

Kant afirma que, quando um homem pauta suas ações pela lei devido ao terror ou à coação, estamos diante de um motivo meramente hipotético, mas que, quando o que o motiva é a aceitação da lei em si, o que temos é um ato em conformidade com a máxima categórica. A liberdade só existe no segundo caso, e provém da "autonomia da vontade" em oposição à "heteronomia" do agente, que opera em obediência não às exortações de sua reflexão racional, mas por paixão, medo ou esperança de recompensa. O agente heteronômico é verdadeiramente o agente "escravo", e, ainda que em sua falta de força ele desempenhe as ações observáveis da moralidade, buscou refúgio em sua sujeição à "natureza" e/ou à "força superior". Pode disfarçar sua mentalidade escrava e sua amoralidade em uma confusão de discursos, mas isso precisa estar sujeito ao exame crítico, e essa orientação crítica é necessária para a conquista da autonomia que lhe permitirá agir como ser racionalmente autônomo e, ao fazê-lo, atrair o respeito de outros seres racionais.

Em *What is Orientation in Thinking* [O que é orientação no pensamento] (contido em Kant, 1949), Kant parece afirmar que a garantia do progresso é a capacidade da própria razão de colocar-se na direção certa, determinando para si mesma o uso correto do procedimento transcendental. Esta é a confiança plena da imaginação racionalista – a verdadeira fé metafísica. Visto assim, o progresso do homem é, de fato, parte da marcha da razão: uma marcha que é também uma trajetória histórica na qual estão aglutinados os diferentes aspectos da existência humana. O pano de fundo do posicionamento fenomenológico do homem são os aspectos metafísicos da razão prática nos pressupostos de Deus, imortalidade e liberdade, e suas interações no contexto da vida de coexistência e cooperação racionais com os outros seres humanos racionais. O homem considera-se, em primeiro lugar (na medida em que pertence ao mundo sensível), como um ser que vive de acordo com as leis da natureza (heteronomia); em segundo lugar (na medida em que pertence ao mundo inteligível), acredita estar submetido a leis que, por independerem da natureza, não são empíricas – têm sua fundamentação única na razão. É a partir dessa interface que se desenvolvem as estruturas referenciais da vida social, e desse modo a potencialidade limitada da vida sensível da caverna – ou em outras palavras, como coloca Platão, a vida da cidade dos porcos – torna-se passível de ser transcendida e guiada pelo processo transcendental. Nesse contexto, "o homem enquanto ser racional" não pode nunca existir em um sistema regido pelo funcionamento de sua vontade,

a não ser sob uma idéia de liberdade que já traga em si o conceito de "autonomia", e é daí que procede o "princípio universal de moralidade" o "imperativo categórico".

Em que vai consistir tal liberdade? A liberdade não é a falta de coerção, mas uma forma particular de coerção. Para o homem, o verdadeiro estado de liberdade encontra-se em sua sujeição à lei moral que ele próprio se outorga, e atinge seu ponto mais alto quando o homem reconhece a necessidade dessa lei e sua absoluta autoridade sobre as ações do agente racional. O progresso social, aquilo que parece ser a consumação teleológica do homem, efetua-se através da mediação do juízo à medida que transforma as pessoas de seres pré-racionais em seres racionais. O homem é o criador de seu caráter social progressivo, bem como de seu caráter individual, "na medida em que é capaz de aperfeiçoar-se de acordo com os fins por ele próprio adotados". A construção do social é uma problemática de natureza claramente ético-moral, sendo a verdadeira atividade do empreendimento "humano" (1974: 183).

O progresso do social só pode ser estruturado pelo estabelecimento de normas éticas reguladoras – na aceitação e articulação comunitária dessas normas a orientação racional do homem enquanto ser social se vê afetada, e a expressão resultante dá a conhecer a concretização expressiva da dignidade humana. As leis criadas pelo homem na vida social devem

> (...) avançar por si mesmas, uma aliança que, apesar de constantemente ameaçada pela dissensão, faz progressos gerais (1974: 191).

A vida ético-política do Estado moderno deve ser constitucional, ligada pelas leis públicas criadas sob a direção de

> uma idéia da razão que, não obstante, tem um valor prático inquestionável, uma vez que pode obrigar todo legislador a estruturar suas leis de tal modo que elas poderiam ter sido criadas pela vontade comum de toda uma nação, e a ver cada sujeito, na medida em que este possa reivindicar sua cidadania, como um representante dessa vontade geral. É esse o critério da legitimidade de toda lei pública (*Theory and Practice*, p. 74).

A MARCHA DO TODO

> A pessoas individualmente, mesmo nações inteiras, pouco refletem sobre o fato de que, enquanto cada um persegue seus próprios objetivos a seu próprio modo – objetivos quase sempre antagônicos entre si –, todos avançam inconscientemente rumo a um objetivo natural desconhecido, como que levados por um fio condutor; e se empenham em promover um objetivo ao qual atribuiriam pouca importância ainda que dele tivessem consciência (Kant, *Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Intent* [Idéia para uma história universal de um ponto de vista cosmopolita], 1983: 29).

Kant postula que a sociedade avança para a constituição de uma comunidade ética mundial em que o processo da criação de uma comunidade política constitui

o primeiro passo. Há duas áreas nas quais o progresso deve ocorrer: (i) o progresso na política e no desenvolvimento de um sistema jurídico mundial; (ii) o progresso na ética e na correspondência entre a criação interna (ética) de leis e a criação externa. São duas as etapas de associação:

> Uma condição jurídico-civil (política) é a relação dos homens entre si, na qual eles são todos semelhantes e se submetem, socialmente, a leis jurídicas públicas (que são, em termos gerais, leis coercivas). Uma condição ético-civil é aquela na qual eles se encontram unidos sob leis não coercivas, isto é, leis exclusivas da virtude (1960: 87).

A condição jurídico-civil apresenta uma estrutura externa, criando compromissos que demonstram, através dos instrumentos coercivos formais, o modo como os indivíduos vão agir de maneira legítima. Kant, porém, via essa sociedade como uma estrutura um tanto frágil, que dependia dessa lei "artificial" para unir os diferentes impulsos, desejos e projetos que, de outro modo, ameaçam fragmentá-la. Nessa etapa, o funcionamento da lei consistia em manter a coesão de um grupo de pessoas socialmente desunidas através da moderação e do controle das reivindicações individuais. O subjetivismo das atitudes contingentes e históricas do homem, que sob outros aspectos se mostra exacerbado, precisava ser submetido a um sistema de leis do Estado, e o funcionamento dessas leis coercivas tinha por base o princípio da estrita reciprocidade no tratamento dispensado aos demais, uma vez que nenhum indivíduo está preparado para dar ao outro nada mais que a liberdade de que desfruta. Este não é um estado de paz social. Em nossa situação política atual (*jurídico-civil*), estamos internamente em um estado de natureza, pois ninguém aceita que a autoridade pública e geral tenha o poder de julgar "qual é o dever de cada homem em cada situação". O Estado não pode obrigar o homem a viver desta ou daquela maneira; pode apenas dizer-lhe como ele pode e deveria viver. A sociedade civil é produto da dimensão "política" do homem, e o domínio da sociedade civil divide-se em duas esferas, a pública e a privada, uma demarcação que se mostrou fundamental para o liberalismo; a esfera privada da virtude liberal, e a esfera pública do "direito" político, "legítimo". A legitimação do interior dá continuidade direta à tradição do religioso, e a do exterior transforma-se na ordem institucionalizada que se legitima através da constituição política e das leis formais do Estado. A comunidade ética, que com o tempo – assim o espera Kant – virá substituir a comunidade política, não pode basear-se em leis coercivas, como aquelas da condição política, uma vez que, para a comunidade ética, "o conceito mesmo implica isenção de coerção" (1960: 87). O homem progride ao deixar o estado ético de natureza, e desse modo libera o Estado da existência de leis coercivas com a adoção de motivos virtuosos e o desempenho de ações regidos pela idéia de conquistar o mais alto bem social, que é o objetivo social último[22].

22. Apesar de central, esse conceito é ambíguo. Como Beck (1960) o vê, o conceito do mais alto bem é também descrito de diferentes maneiras: como o reino de Deus, o mundo inteligível, a existência dos seres morais sob a lei moral, a vocação moral do homem, o "ideal regulador da razão" (tendo por um de seus ideais "o conceito de um objeto individual completamente determinado por meio da mera idéia"), e também como a maior felicidade, combinada, do modo mais proporcionalmente perfeito, com o mais alto grau de perfeição moral, e a afirmação contida nos *Fundamentos da metafísica dos costumes*, segundo a qual "duas coisas constituem o *summum bonum* – a perfeição moral da pessoa e a perfeição física de seu estado".

> Temos aqui um dever que é *sui generis*; não dos homens para com os homens, mas da raça humana para consigo mesma, uma vez que a espécie de seres racionais encontra-se, objetivamente, na idéia da razão, e destina-se a um bem social: a promoção do mais alto bem como um objetivo social (1960: 89).

Podemos, assim, postular um objetivo para a história: a idéia "sublime, apesar de nunca plenamente alcançável" de uma comunidade ética (1960: 91), e podemos depositar nossa confiança na razão: "A religião universal da razão" (1960: 113) pode levar-nos a "um Estado ético (divino) na Terra". A lei moral da razão está "erigindo, para si própria (...), um poder e um reino que sustentam a vitória sobre o mal e que, sob seu próprio domínio, garantem ao mundo uma paz eterna" (1960: 114). Nosso compromisso com a razão vai superar o estado desumanizador da comunidade política, transformar a época e superar a instância política, abrindo espaço para a ética. O espírito e a configuração da modernidade irão transformar-se na "paz" do espírito ético universal. Um sistema de direito abrangente e passível de aplicação constitui, a esse respeito, não o objetivo de ordenação humana; tampouco representa uma condição suficiente para a sociedade desejável, mas é uma condição necessária. Em última análise, a mensagem de Kant é simples: para nos tornarmos criaturas de paz, devemos primeiro nos colocar sob o domínio do direito.

Capítulo 7

De Rousseau a Hegel:

o nascimento da tradição expressiva do direito e o sonho da eticidade do direito

I. O ROMANTISMO AMBÍGUO DE ROUSSEAU E A IDÉIA EXPRESSIVA DO CONTRATO SOCIAL

A passagem do estado de natureza para o estado civil produz uma mudança extraordinária no homem, ao substituir, em sua conduta, o instinto pela justiça, e ao conferir a seus atos a moralidade de que anteriormente careciam. Só então, quando a voz do dever toma o lugar dos impulsos físicos e dos direitos do apetite, é que o homem, que até aquele momento só considerara a si próprio, se dá conta de que deve agir segundo diferentes princípios e consultar sua razão antes de dar ouvidos a suas inclinações... O que o homem perde com o contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que tente e consiga obter; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que tem. Se queremos evitar equívocos ao avaliarmos uma coisa contra a outra, devemos estabelecer uma clara distinção entre a liberdade natural, que só é limitada pela força do indivíduo, e a liberdade civil, que é limitada pela vontade geral... Acima de tudo isso devemos acrescentar, ao que o homem adquire na condição civil, a liberdade moral, que por si só dele faz o verdadeiro senhor de si mesmo; pois o mero impulso do apetite é a escravidão, enquanto a obediência a uma lei que prescrevemos a nós mesmos é a liberdade (Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract* [O contrato social], [1762] 1973: 195-6).

[Se, por um lado,] o dinheiro compra tudo o mais, não pode comprar a moral e os cidadãos (Jean-Jacques Rousseau, *Discourse on the Arts and Sciences** [Discursos sobre as artes e ciências], [1750]).

MODERNIDADE: UM CONTEXTO INCERTO PARA A LEGITIMAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES SOCIAIS

Escritor ambíguo que incorporou as tendências iluministas conflitantes do otimismo e do pessimismo, Rousseau (1712-1778)[1] entendia que o processo de moder-

---

* No original francês, *Discours sur les sciences et les arts*, que deveria, portanto, ser traduzido como *Discurso sobre as ciências e as artes*; estamos, porém, seguindo o texto inglês. (N. do T.)

1. Rousseau nasceu em Genebra, em 1712; sua mãe morreu pouco depois, e aos dez anos de idade o pai, relojoeiro, deixou-o aos cuidados de uma tia que o criou. Depois de um breve período num internato

nização estava criando um contexto radicalmente diferente para a humanidade. No sentido que a sociedade moderna transgredia – ou extrapolava – qualquer estado natural, uma questão básica que se coloca é a da legitimação. O que poderia fazer a diferença em termos de poder e recompensa na moderna estrutura social aceitável?[2]

Rousseau não foi uma pessoa socialmente ajustada; sua carreira literária começou com um ensaio premiado que tem por título *Discourse on the Arts and Sciences* (1750). Trata-se de obra de extraordinária força retórica em que o autor argumenta que a moral fora corrompida pela substituição da religião pela ciência, pela sensualidade na arte, pela licenciosidade na literatura e pela ênfase na lógica à custa do sentimento. O livro tornou Rousseau imediatamente famoso, e seus textos posteriores foram muito bem recebidos.

O contexto do sujeito moderno – novas organizações e procedimentos, novos poderes – ameaçavam cercear a liberdade, ou a *autonomia*. Os temas da falta de poder, da alienação e da pureza estão na base das preocupações de Rousseau. A modernidade impõe ao homem as perguntas "quem sou?" e "o que sou?", mas ele se vê atormentado por emoções, esperanças e temores conflitantes, e dificilmente consegue chegar ao entendimento de sua posição pessoal; de que modo, então, se pode julgar o social? Compreender essa fraqueza já era um ponto de partida que propunha um primeiro princípio: o de que o pessoal e o social estavam interligados. Nossa personalidade é função do contexto social e histórico em que nos encontramos. Que dizer, então, da nova sociedade do Iluminismo? Como compreender esse contexto, e qual foi o impacto da modernidade emergente sobre a condição humana? Rousseau estava convencido de que uma nova forma de existência humana havia sido criada. Em oposição a Hume, sugeria que a natureza humana não era uma constante, mas que fora transformada ao longo de seu envolvimento com a sociedade. Como conseqüência, a autocrítica é uma forma de crítica social, e crítica social é autocrítica. O novo "eu" moderno é um eu social que uma nova ordem social tornou possível, mas essa ordem social precisa do eu para recriar-se a si própria, e a modernidade exige que o sujeito social (pré-)moderno se transforme em um novo eu social[3]. Contudo, o que se ganha e o que se perde ao socializar-se a humanidade tendo em vista essa nova ordem? O processo de civilização é o desenvolvimento progressivo e irreversível de um indivíduo plenamente moderno, ou será a sublimação de aspectos da natureza humana, a disfarçar restrições desumanas, em nome da devida socialização?

De que modo nossas instituições modernas emergentes exprimem a verdade da condição natural do ser humano? A "fuga" à dominação da religião, da tradição, do costume e da "ordenação natural", em favor da modernidade, deixa a humanidade mais livre ou a transforma, simplesmente, em servos de um novo senhor? A liberdade permite que nos tornemos plenamente humanos – no sentido de realizarmos nossos próprios fins e desejos, em oposição àqueles que nos são impostos pela natureza? Se seguirmos os projetos de nossa "auto-afirmação", estaremos nos engajando em um comportamento mais plenamente "humano", em oposição à obediência aos impulsos de nossa natureza, não importa quão satisfatórios sejam estes últimos?

A idéia de uma disjunção fundamental entre as condições social e natural base a toda obra de Rousseau, servindo de pano de fundo para seus escritos sobre direito e política (o texto clássico é *The Social Contract* [O contrato social], doravante citado como *CS*). Através da socialização, o homem se transforma "de um animal estúpido e limitado em um ser inteligente, em um homem. (...) [Obedecer] somente ao impulso dos apetites equivale à escravidão". A constituição política e jurídica procede a uma "desnaturalização" criativa do homem. Assim, a modernidade podia oferecer espaço para o desenvolvimento radical de um novo tipo de humanidade; por outro lado, podia sujeitar-nos a práticas limitativas e nos transformar em meros objetos regidos por normas. Precisamos de conceitos morais para julgar as transformações da modernidade. Rousseau sugere que as instituições que, de algum modo, não incorporam nossa liberdade de definir nossos próprios fins, privam-nos de nossa humanidade. Além do mais, nossas instituições serão um obstáculo à liberdade quando não reconhecerem nem incorporarem nossa humanidade. O ser humano tem muitos impulsos contraditórios: "todas as instituições que colocam o homem em contradição consigo mesmo nada valem" (*CS*, 3: pp. 464 e 128 das *Complete Works*). As instituições sociais devem expressar e reconciliar as verdades do eu humano; de outro modo, estamos condenados às contradições e incoerências inumanas. As origens da insatisfação encontram-se tanto na ordem social QUANTO na composição do eu humano. Não pode haver recuo para uma análise quer do social sem o pessoal,

onde aprendeu "todo o lixo inútil que se costuma chamar de educação" (como ele próprio afirma nas *Confissões*), sua educação formal encerrou-se ainda aos doze anos. Rousseau, porém, era um leitor voraz. Depois de trabalhar como aprendiz de um gravador de estojos de relógios, deixou Genebra e levou uma vida errante, conhecendo muitas pessoas que o ajudaram a viver modestamente ou o apresentaram a outros benfeitores, até que ele finalmente se estabelecesse na França. Seu trabalho mais duradouro consistia em fazer notação musical, ainda que por algum tempo tenha sido preceptor dos filhos do sr. de Mably, homem de grande influência em Lyon, e mais tarde secretário do embaixador francês em Veneza. Suas influências mais óbvias foram as leituras de Platão, Virgílio, Horácio, Montaigne, Pascal e Voltaire. Em Paris, freqüentou os círculos literários, mas ficou chocado com os extremos de riqueza e existência social, a imponência das catedrais e a pobreza terrível dos cortiços, o esplendor dos salões e os temas trágicos das peças de Racine. Apesar do contato cada vez maior com os círculos sociais mais altos, nunca se sentiu à vontade nesse meio, e em 1746 conheceu Thérèse Levasseur, jovem e inculta criada com quem veio finalmente a casar-se em 1786.

2. Em 1755, Rousseau identificou o problema da ordem social em termos de um paradoxo: "O homem nasce livre, e por toda parte encontra-se agrilhoado. (...) Como ocorreu tal mudança? Ignoro-o. O que pode legitimá-la? Creio que posso resolver essa questão. (...) A ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. Esse direito, porém, não provém da natureza; tem por base a convenção. O problema consiste em saber que convenções são essas" (abertura do Livro Primeiro do *Contrato social*). O homem deseja a liberdade, mas coloca-se em grilhões; uma sujeição legitimada pelas convenções da ordem social. Esta, porém, não é um mero reflexo de uma ordem natural, mas sim um artifício criado pelo homem.

3. O contexto dessa ordem social é a cidade. A cidade representa tanto a nova liberdade, uma liberdade no anonimato, quanto o terror, o terror da (in)sociabilidade incontrolável.

quer do pessoal sem o social. O pessoal é criado pelo social, e o social é o domínio em que o pessoal adquire existência.

Os discursos emergentes sobre direito e sociedade tendiam a negar essa interrelação. Os discursos "modernos" separavam as esferas de análise, compartindo a condição humana; na discussão política, por exemplo, enfatizavam mais a eficiência do que a afetividade[4]. O protoliberalismo da época sublinhava que a estrutura jurídica somente apresentaria instrumentos de interação social impessoal – o domínio do cidadão abstrato que celebra contratos. Como conseqüência, o "significado" (social) da vida iria tornar-se uma atividade privada. Rousseau imaginava que no passado havia mais inserção social e pureza. Como afirmou no *Discurso sobre as artes e ciências*: "Os políticos antigos falavam incessantemente sobre a moral e a virtude, enquanto os nossos só falam de negócios e dinheiro" ([1750] 1973: 19). As antigas repúblicas pagãs de Atenas e Esparta pareciam oferecer exemplos de inserção social; um estilo de vida e um discurso político em que a constituição social oferecia uma pátria às pessoas que a criavam, ao contrário do individualismo vazio cada vez mais adotado em nome da liberdade moderna. As repúblicas clássicas eram habitadas por homens fortes e cheios de orgulho; suas peças refletiam os pontos culminantes da tragédia e da comédia. Ao olhar para seus concidadãos, Rousseau só conseguia ver a busca hobbesiana de felicidade:

> Não sois nem romanos nem espartanos; não sois nem mesmo atenienses. Deixai de lado esses grandiosos nomes que não vos assentam bem. Sois mercadores, artesãos e burgueses, sempre preocupados com interesses particulares, com o trabalho, os negócios e os lucros; uma gente para a qual a própria liberdade não passa de um meio de adquirir sem obstáculos e possuir sem segurança (*Letters from the Mountain* [Cartas da montanha], 3: 881).

De que modo, nas condições dos primórdios da modernidade, os homens poderiam tornar-se tão virtuosos quanto aqueles de um passado remoto? A resposta de Rousseau apontava para uma ordem social justa. Como isso se tornaria possível? Somente se o contrato social que fundava a nova sociedade fosse a expressão de uma vontade geral[5].

4. Os novos discursos da modernidade estavam enfatizando a distância e o controle. O homem era tirado de sua posição "natural" em nome da liberdade; isso, porém, aumentava a necessidade de um discurso e uma técnica para se criar uma nova ordem que pudesse comandar o (novo) compromisso individual. A forma tradicional de legitimação e compromisso, a do "direito natural", havia se rompido: "Observo que, na idade moderna, os homens não se relacionam mutuamente a não ser pela força ou pelo interesse pessoal; os antigos, por sua vez, agiam muito mais por convicção e pelas afeições da alma, pois não negligenciavam a linguagem dos sinais. (...) A face da Terra era um livro no qual seus arquivos eram preservados" (J.-J. Rousseau, *Émile*, 1979: 321).

5. Essa resposta é passível de várias interpretações. Cada idéia pode ser analisada, desconstruída e reposicionada em diferentes esquemas. Rousseau tem sido visto como instigador teórico da Revolução Francesa, como figura paterna retórica do marxismo, como defensor do princípio geral de direito e como um filósofo que levou a conseqüências totalitárias.

O CONTRATO SOCIAL

Rousseau não usa a idéia de contrato social para descrever a transição do estado de natureza para o de sociedade civil; ao contrário, o contrato social fornecia uma resposta à pergunta "por que deve uma pessoa obedecer às leis de uma sociedade moderna?". *O contrato social* é um grande ensaio sobre a legitimação da modernidade, uma tentativa de transformar uma idéia instrumental em um fenômeno expressivo.

Observe-se que a tradição expressiva é também normativa. Os ensaios de Rousseau não são uma fria descrição do desenvolvimento histórico da modernidade; na verdade, são interpretações *estéticas* das condições capazes de assegurar a legitimidade no início da modernidade. Rousseau cria seu ensaio sobre a justiça, por exemplo, para nos capacitar a criticar o social a partir de um ponto de vista "contingente". Precisamos chegar a um *locus*, a um distanciamento de nosso contexto a partir dos quais possamos compreender melhor e avaliar criticamente nossas condições. Mas não podemos nunca transcender nosso contexto; o símile platônico da caverna não pode ser experimentado na vida real; de que modo, então, podemos escapar a nossa imersão na convenção? Para fazê-lo, temos que "pôr de lado todos os fatos" e criar modelos e imagens hipotéticos em comparação com os quais possamos entender melhor nosso presente: "As pesquisas [relativas às origens e aos fundamentos da desigualdade entre os homens] não devem ser consideradas como verdades históricas, mas somente como um raciocínio hipotético e condicional, mais bem usado para esclarecer a natureza das coisas do que para mostrar sua verdadeira origem" (*Discourse on the Origins and Foundations of Inequality among Men* [Discurso sobre as origens e os fundamentos da desigualdade entre os homens], 1964: 103).

O contrato social mistura o histórico, o teórico, o ficcional e o hipotético; ainda que a impureza dessa metodologia possa nos desagradar, ela também reflete o reconhecimento rousseauniano da impossibilidade inerente de se afirmar a "verdade" da condição humana. Rousseau remete a um discurso que expõe uma genealogia do indivíduo moderno ao mesmo tempo que nos fala de verdades especulativas sobre a humanidade. Não podemos ter uma ciência total ou absoluta do sujeito moderno, pois tal sujeito não é mais natural, mas sociocultural: "A passagem do estado de natureza para o estado civil opera uma mudança verdadeiramente notável no indivíduo. Substitui o instinto pela justiça em seu comportamento, e confere a suas ações uma base moral da qual carecia no passado" (*CS*, i, viii, 1973: 177).

De que modo o contrato social institui a justiça? O homem era feliz no estado de natureza no sentido de que desfrutava de independência absoluta e só tinha de obedecer às leis que ele próprio criava. Embora fosse basicamente motivado pelo desejo de autopreservação, esse desejo levava-o a reconhecer a necessidade da virtude e de sua humanidade compartida. Sua inocência natural corrompeu-se: através dos contatos sociais o homem criou vícios e tornou-se motivado a colocar-se acima de seus semelhantes. A concorrência para ser bem-sucedido e dominar os demais está na origem dos crimes e iniqüidades que os homens infligiram uns aos outros.

Como se poderia criar uma relação social que reconciliasse a independência que o homem tinha naturalmente com as necessidades da vida social? A tarefa consistia em desenvolver uma "associação que defendesse e protegesse, com a totalidade da força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e na qual cada um, apesar de unido a todos os outros, pudesse ainda assim obedecer somente a si próprio". Para resolver o problema da tensão entre o individual e o social, este último deve tornar-se a encarnação do pessoal; as leis vão impor obediência porque são aquilo que impomos a nós mesmos, além de exprimirem nossa vontade geral.

O contrato social não foi um acontecimento passado, mas sim uma realidade viva presente onde quer que houvesse um governo legítimo. Esse contrato vivo é o princípio fundamental que subjaz a uma associação política, no sentido de que oferece um mecanismo por meio do qual todos ajustam sua conduta individual de modo que a harmonize com a verdadeira liberdade dos outros. O homem troca sua "liberdade natural" por uma "liberdade civil" e pela observação dos "direitos" de propriedade[6]. Numa frase famosa, Rousseau define o contrato social em termos de cada indivíduo colocar sua pessoa e seu poder em uma posse comum, sob a direção suprema da *vontade geral* por meio da qual nos relacionamos mutuamente como partes constituintes de um "todo indivisível"[7]. Além disso, nos termos do contrato, aqueles que se recusam a obedecer à vontade geral podem ser forçados a fazê-lo; os homens podem ser forçados a ser livres. O contrato social é o mecanismo por meio do qual o problema da construção do moderno é resolvido, isto é, a força constitutiva do direito[8].

O contrato social fornece "vida e existência ao corpo político", mas a legislação lhe concede "movimento e vontade". A idéia de uma vontade geral soluciona uma questão premente, isto é, Rousseau pretende que a lei seja livre do domínio

6. Em que vai consistir essa liberdade civil? Nos termos de nossa discussão anterior da obra de Hobbes, parece que consistirá numa liberdade negativa (definida por Hobbes quando ele se refere à "liberdade natural", e que leva à idéia do liberalismo acerca da liberdade diante da coerção, como "Liberdade ou autonomia significa, em sentido próprio, a ausência de oposição; por oposição entendo os impedimentos externos do movimento" (*Leviatã*, capítulo 21), ou *liberdade diante da coerção* etc. Rousseau parece estar buscando uma nova forma de liberdade cívica, ou de liberdade de *viver* como um ser mais plenamente humano do que se permitia no passado, sem ser destruído pelos conflitos pessoais e sociais.

7. "O problema é encontrar uma forma de associação que defenda e proteja, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e através da qual cada um, apesar de unir-se a todos, possa ainda obedecer somente a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes. (...) As cláusulas desse contrato (...) são as mesmas em toda parte, e tacitamente admitidas e reconhecidas em toda parte. (...) Quando bem compreendidas, essas cláusulas podem reduzir-se a uma só – a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, (...) porque, se os indivíduos conservassem certos direitos, não haveria um superior comum que decidisse entre eles e o público; como cada qual seria, até certo ponto, seu próprio juiz, logo pretenderia ser juiz de todos, e o estado de natureza seria então mantido" (*CS*, 1973: 174).

8. Para Rousseau, o problema central da política era como "colocar a lei acima do homem", o que ele comparava "à quadratura do círculo em geometria". A liberdade moderna estava presa ao projeto de obediência às leis, e não aos homens.

de uma pequena elite e expresse a vontade do povo como um todo. Nesses termos, o cidadão que pode ser forçado a obedecer à lei estará obedecendo não a um instrumento de dominação específico, mas a um valor geral.

> Que todos devam obedecer, e ainda assim ninguém tome a si o comando, e que todos devam servir e não ter senhores? (...) Esses prodígios são obra do direito. É somente ao direito que os homens devem a justiça e a liberdade. É esse salutar órgão da vontade de todos que estabelece, no direito civil, a igualdade natural entre os homens. (...) A primeira dentre todas as leis consiste em respeitar as leis (*A Discourse on Political Economy* [Discurso sobre economia política], 1973: 124).

A IDÉIA DA VONTADE GERAL

Como podem os diferentes segmentos e as diferentes vontades subjetivas da população ligar-se de modo que forme um sistema racional?[9] A lei só expressará a racionalidade de todo o corpo social se for produto da vontade geral, e se essa vontade geral representar a vontade do "Soberano". A vontade do Soberano não é a vontade arbitrária de um indivíduo ou grupos de indivíduos; o príncipe ou a elite que compõe o soberano são um corpo distinto da entidade do soberano na filosofia do direito. O Soberano é a centralidade de poder e a vontade geral que dirige esse poder por meio da lei[10]. De uma forma ideal, o Soberano consistiria na totalidade do número de cidadãos da sociedade; a vontade geral, portanto, é a vontade única do total dos cidadãos. As muitas e diferentes vontades da população podem ser consideradas como uma só vontade porque todos fazem parte do contrato social, e nos termos desse contrato concordaram em dirigir suas ações de modo que alcance o bem comum. Cada cidadão compreende que deve abster-se da prática de

9. "Como uma multidão cega, que freqüentemente não sabe o que deseja porque raramente sabe o que é bom para si, realizaria por si mesma tão grande e tão difícil empreendimento quanto um sistema de legislação?" (*CS*, 1973: 193).

10. Nas seções originais que estavam no *Geneva Manuscript of the Social Contract* (incluído em 1973: 281), Rousseau assim define o soberano: "Há (...) no Estado uma força comum que o mantém e uma vontade geral que dirige essa força; a aplicação de uma à outra constitui a soberania. A partir daí fica claro que o soberano é, por sua natureza, apenas uma entidade coletiva, que tem apenas uma existência abstrata e coletiva, e que a idéia associada a essa palavra não pode estar unida àquela de um único indivíduo."

Isso significa que o conjunto de homens que exercem o poder soberano pode ser limitado pelo conceito da filosofia jurídica. Portanto: "(...) a vontade dominante do príncipe é, ou deveria ser, apenas a vontade geral ou o direito; sua força não é senão a força pública concentrada em suas mãos, e, tão logo ele tente fundamentar qualquer ato absoluto e independente em sua própria autoridade, os laços que mantêm o todo unido começam a afrouxar-se. Se, finalmente, o príncipe viesse a ter uma vontade particular mais ativa do que a vontade do soberano, e a empregar a força pública que tem em mãos em obediência a essa vontade particular, haveria, por assim dizer, dois soberanos, um de direito e outro de fato; a união social desapareceria imediatamente, e o corpo político ver-se-ia dissolvido" (*CS*, 1973: 211-2).

qualquer ação que possa levar os outros a voltar-se contra ele; desse modo, cada qual se dá conta de que seu próprio bem e o bem comum estão interligados[11]. Em última análise, através do contrato a vontade de cada indivíduo incorpora-se à dos demais no sentido de que se voltam, todas, para o mesmo fim: o bem comum.

A vontade geral é um conceito específico; não se trata do simples cálculo matemático da "vontade de todos", como a mera manifestação empírica dos votos em qualquer sistema eleitoral simples. A vontade de todos só se converte em vontade geral quando estiver em conformidade com os objetivos do bem comum; em geral, é simplesmente a vontade de uma maioria, ou de uma minoria que tem voto. Uma sociedade pode não ter uma vontade geral; ao contrário, sua "vontade de todos" pode ser aquela de uma facção política, e seu objetivo tão-somente a expressão de grupos de interesse dominantes[12]. Rousseau parecia acreditar que a difusão de conhecimentos apropriados a respeito de problemas sociais específicos permitiria que as opiniões dos cidadãos assumissem a forma de uma vontade geral[13]. O conhecimento relativo ao problema social leva a um consenso, e as vontades de todos são então dirigidas para o bem comum; a vontade geral nos leva, portanto, à justiça social.

Em que bases pode a obediência ser obtida pela força? Somente quando operarmos com base na idéia de que a lei foi criada com o bem comum ou a justiça social em mente. Nesse caso, a lei exprime a vontade geral, não sendo, portanto, o resultado instrumental de interesses específicos[14]. Em tais circunstâncias, a pessoa que

11. Desse modo, "aquele que se recusar a obedecer à vontade geral será obrigado a fazê-lo por todo o corpo. Isso significa nada menos que será forçado a ser livre, pois é essa a condição que (...) o protege contra a dependência pessoal" (1973: 107).

12. Para Rousseau, a soberania limitada é uma contradição em termos. O soberano tem o direito de impor o que quer que o bem comum exija. De que modo, então, vai demarcar "os limites dos poderes soberanos"? (*CS*, Livro II, capítulo 4). Os limites são, muito simplesmente, os da justiça. O Estado tem o direito ilimitado de intervir em nome do bem comum do todo quando for necessário fazê-lo, mas não tem o direito de intervir quando essa condição não estiver preenchida. "O soberano não pode impor a seus súditos quaisquer restrições que sejam inúteis para a comunidade, e nem mesmo pode desejar fazê-lo." Em termos empíricos, sem dúvida, é assim que tem sido: freqüentemente em países que poderiam remontar a Rousseau em sua história de fervor revolucionário e suas idéias de imposição do bem comum.

13. Essa exigência provavelmente reduz o alcance da legislação com a qual Rousseau imaginava que um Estado racional pudesse comprometer-se. Ele afirma claramente que "nenhuma função que tenha um objetivo particular diz respeito ao Poder Legislativo" (*CS*, 1973: 192). Rousseau estabelecia uma distinção entre "magistratura" e as marcas da "soberania". A tomada de decisões particulares ou a criação de "comandos" específicos que só digam respeito a "uma questão particular" pertencem à primeira categoria, isto é, não são atividades características do direito. Rousseau atribuía o declínio da democracia na antiga Atenas ao fato de os gregos promulgarem leis que satisfaziam caprichos pessoais e criarem favores particulares (ver discussão no *Discurso sobre a desigualdade*, e também em *CS*, 1973: 187, e sobre a decadência social como resultado da compreensão equivocada do papel do direito, Livro III, capítulo 11).

14. Convém lembrar que, para Rousseau, essas leis não são muitas ("um Estado assim governado [de acordo com os princípios de Rousseau] precisa de muito poucas leis", *CS*, 1973: 247), e que o processo político é aberto ao escrutínio, assegurando que a necessidade de uma lei específica seja facilmente reconhecida.

age contra a lei está agindo contra seus próprios interesses; incorre em erro no sentido de estar, equivocadamente, colocando seus desejos subjetivos em oposição ao Estado justo do qual, objetivamente, sua vontade deveria ser parte componente. Em termos políticos, o sistema eleitoral e a elaboração das leis deveriam ser guiados pelo objetivo primordial do bem comum ou da justiça social. Só podemos nos convencer de que as leis promulgadas estão, de fato, em sintonia com a vontade geral, nos casos em que o sistema todo se volta para a obtenção de justiça social e as leis e instituições exprimem esse compromisso.

Podemos estar certos de que a idéia da vontade geral é de uso efetivo? Como se poderia estabelecer uma vontade geral, um sistema político justo? O que forneceria o ponto de partida para esse veículo de pura modernidade? A resposta dada por Rousseau a essa pergunta num capítulo intitulado "The Legislator" [Do legislador] (*CS*, 1973: 194-7) demonstra a impossibilidade de a modernidade fundar-se a si própria.

> Para que um povo emergente pudesse apreciar as máximas sãs da política e observar as regras fundamentais da arte de governar, o efeito teria de tornar-se causa; o espírito social, que deve ser obra da instituição, teria de presidir ao estabelecimento da própria instituição, e os homens teriam de ser, antes das leis, aquilo que deveriam tornar-se depois delas.

Estamos num círculo teórico vicioso em que o efeito deve preceder a causa! A consciência social que seria produto das instituições modernas teria de já existir para produzir instituições modernas. As instituições livres só funcionarão se os cidadãos forem homens livres, mas somente homens livres podem (livremente) criar instituições livres. Portanto, devemos encontrar alguma forma de momento fundador e mecanismo fundador que ofereça as condições por meio das quais um sistema livre possa vir a existir. O Estado livre precisa de um *deus ex machina*, de um "legislador", para fundar suas instituições:

> A descoberta das melhores regras sociais apropriadas às nações demandaria uma inteligência superior, que conhecesse todas as paixões humanas mas não vivenciasse nenhuma delas; que não tivesse relação alguma com nossa natureza, mas que a conhecesse plenamente.

Nenhum indivíduo tem essa presciência desinteressada, mas as elites devem tentar identificar o caminho que leve à ordem social justa numa sociedade essencialmente corrupta, propondo leis com argumentos dirigidos à população de tal modo que as tornem aceitáveis a um povo ainda não preparado para as exigências da pura razão. Rousseau observa que, historicamente, a estratégia comum consistira sempre em "recorrer à intervenção divina e atribuir sua própria sabedoria aos deuses", e desse modo "convencer, pela autoridade divina, aqueles que não se deixam motivar pela prudência humana" (*Complete Works*, referências em *CS*, 3: 381, 383-4; 67-8, 69-70).

O discurso racional é baseado no irracional; a verdade moderna, numa falsidade; o moderno precisa da estratégia do pré-moderno para ser eficaz[15].

INTERPRETANDO A MENSAGEM DE ROUSSEAU

Como lidar com a franqueza de Rousseau? Estará ele dizendo aos governantes que só a fraude e o embuste lhes permitem governar com êxito? Ou estará advertindo as pessoas a se acautelarem diante das promessas e ilusões que seus governantes podem lhes impor? E o que dizer da *vontade geral*, essa idéia reguladora que, por ser tão facilmente mal compreendida – como se Rousseau estivesse descrevendo uma realidade –, converte-se tão facilmente em uma totalidade? Ainda que, em seu desejo de assegurar que a Constituição social não perca sua natureza expressiva, Rousseau sacrifica o indivíduo à totalidade? No sistema rousseauniano, projeta-se o cidadão moderno como um homem plenamente social, um homem tão consciente de sua interdependência social que não correrá o risco de destruir os vínculos sociais buscando refúgio em sua subjetividade[16]. Contudo, ao descrever de que modo nossos governantes precisarão convencer-nos de que não foram eles que criaram nossas novas leis, mas que estas derivam de alguma forma de vontade divina ou necessidade funcional, Rousseau apresenta tanto a imagem de uma arma para nossa subjetividade quanto a possibilidade de que desmistifiquemos tal dominação. Quer a consciência da estratégia para se criar legitimidade funcione no sentido de nos mistificar, quer de nos dar maior transparência no que diz respeito a nossa existência social, a criação e a defesa de nossas liberdades podem ser atribuidas à nossa criatividade social e à nossa boa vontade.

Rousseau discorre sobre a intensificação, sob a égide da modernidade, das tensões inerentes à vida social; o direito interliga-se às instituições sociais e ao nosso discernimento cultural. Um direito que se esqueça de exprimir a cultura do povo será um direito perverso[17]. Precisamos uns dos outros tanto quanto tememos uns aos outros; através da alienação do indivíduo em nome da comunidade (a incorporação teórica do individual à *vontade geral*). Rousseau tenta legitimar e tornar suportáveis as cadeias de dependência com que arcamos na sociedade civil. Só justificamos nossa perda de auto-suficiência e felicidade egoísta por meio da criação de uma liberdade política na qual fazemos de nós mesmos uma coisa maior do que somos em qualquer estado natural, criando assim uma nova individualidade digna de respeito. Para vários críticos, essa é a tensão política central ao pensamento de Rousseau: ele exige a total subordinação do individual ao social em nome do indivíduo e a fim de criar uma individualidade que é mais plenamente humana do que uma individualidade não social. As instituições políticas não apenas garantem as condições através das quais o indivíduo busca satisfação, como também deveriam enobrecer seu caráter e reconciliar as exigências conflitantes da socialização. O Estado legítimo deve produzir indivíduos saudáveis tanto quanto dar segurança à propriedade[18]. Qual a razão de se viver em uma sociedade "da-lei-e-da-ordem" na qual somos livres para acumular propriedades e celebrar contratos, certos de nosso direito de fazê-los cumprir, se nossa humanidade se degrada nesse empenho e se fragmenta devido a lutas e contradições internas? A questão se coloca em nossa própria época com força renovada; não apenas passamos a apreciar o argumento rousseauniano de que os fundamentos culturais da ordem jurídica são de importância crucial para se determinar o "tipo de direito" que temos; na verdade, o fato de a idéia de contradições internas (vistas como instância definidora da condição humana na modernidade liberal) ser central aos Estudos Jurídicos Críticos (ver capítulo 16 deste livro) é apenas uma manifestação temporária de que o dilema de Rousseau não foi ainda resolvido. A mensagem de Rousseau para nós pode muito bem ter sido simples: cuidado com todas as teorias sociais que pretendem fazer com que a modernidade pareça natural![19]

15. Rousseau aparentemente não se dava conta de que o processo que testemunhava no nascimento da modernidade viria a acelerar-se, e não a estabilizar-se com o tempo. Toda sua obra era um projeto de criar a estrutura para que a modernidade se estabelecesse e se estabilizasse de forma coerente. Ele contava com o poder do costume para estabelecer um compromisso prático. A nova sociedade, baseada no debate racional, na justiça social e na transparência, seria estável.

16. "O legislador deve privar o homem de seus próprios recursos e lhe dar outros que lhe sejam estranhos, dos quais não possa fazer uso sem a ajuda de outros homens. Quanto mais esses recursos naturais forem aniquilados, maiores e mais duradouros serão aqueles que adquirir, e mais estáveis e perfeitas as novas instituições; de modo que, se cada cidadão não for nada e não puder fazer nada sem os demais, e se os recursos adquiridos pelo todo forem iguais ou superiores ao conjunto dos recursos de todos os indivíduos, poderemos então dizer que a legislação atingiu o mais alto grau de perfeição possível" (Rousseau, *CS*, 1973: 194).

17. No *Contrato social*, Livro II, capítulo 12 (1973: 206-7), Rousseau enfatiza que a "verdadeira constituição do Estado não se grava nem em placas de mármore, nem de bronze, mas sim no coração dos cidadãos". Em outras palavras, a moralidade, o costume e a opinião pública configuram poderes sociais "desconhecidos por nossos pensadores políticos, mas dos quais, não obstante, depende o sucesso de tudo o mais".

II. FRIEDRICH HEGEL: A FILOSOFIA DA RECONCILIAÇÃO TOTAL E A BUSCA DA ETICIDADE DO DIREITO

> A silenciosa concordância com as coisas do modo como elas são, a desesperança e a paciente resignação diante de um destino ilimitado e prepotente converteram-se em esperança, expectativa e vontade de alguma coisa diferente. A visão de uma época melhor e mais justa penetrou vivamente a alma dos homens, e um desejo, um anseio por condições mais puras e livres sensibilizou todos os corações e tornou-os alheios ao estado de coisas vigente. (...) Se assim vos aprouver, dai a isso o nome de paroxismo febril, mas vai terminar ou em morte ou na eliminação da causa da doença...

18. O fato de que a modernidade emergente não havia transformado as pessoas em indivíduos melhores constituía sua principal razão para rejeitar a forma que a modernidade vinha assumindo. Portanto, as instituições modernas haviam deformado a humanidade; haviam convertido os seres humanos em criaturas fracas e miseráveis.

19. Ao mesmo tempo, porém, temos uma necessidade premente de sentir que o mundo faz sentido. A tensão só fez aumentar desde a época de Rousseau.

Como são cegos os que podem imaginar que instituições, constituições e leis podem continuar existindo quando já não mais se ajustam à moral, às necessidades e aos desígnios da humanidade, e depois de exauridas de seu significado; e que as formas às quais a compreensão e o sentimento deixaram de ser inerentes possam conservar o poder de unir uma nação (Hegel, *Werke* [Obras], 1798: 150-1; citado em Sabine e Thorson, 1973: 574-5).

HEGEL: RECONECTANDO O DUALISMO DA CONDIÇÃO HUMANA À TOTALIDADE DESTE MUNDO

Enquanto Rousseau afirmava que somente o Estado capaz de chegar à perfeita justiça social poderia resolver as contradições da condição humana, e Kant parecia nos deixar suspensos entre dois mundos divididos, Hegel argumentava que, ao menos teoricamente, a reconciliação era possível[20]. Sua mensagem, porém, é profundamente ambivalente. Enquanto Hegel parecia expor uma filosofia de perfeita justiça social – a totalidade social da comunidade ética –, ele o fez dentro de uma filosofia da história e do desenvolvimento social passível de múltiplas interpretações. Apresentou-nos uma

20. A inferência kantiana é a de que a metafísica está além da ciência, que para a mente humana é impossível alcançar o conhecimento teórico da realidade toda. Hegel, porém, partiu do pressuposto de que "o que é racional é real, e o que é real é racional", razão pela qual tudo o que existe é passível de conhecimento e dotado de construção racional. Era uma concepção total que fornecia novas bases para se pensar a estrutura mesma da realidade e suas manifestações na moralidade, no direito, na religião, na arte, na história e, em especial, o pensamento em si. Suas idéias têm tido um impacto substancial. Boa parte da filosofia do século XX representa revisões ou rejeições de aspectos de seu idealismo absoluto.

Hegel nasceu em Stuttgart em 1770, e o jovem Hegel foi influenciado tanto pelo movimento romântico na poesia quanto pelos escritos de Platão e Aristóteles. Estudou teologia na Universidade de Tübingen, participou ativamente das discussões sobre a Revolução Francesa e seu interesse foi aos poucos se voltando para a relação entre filosofia e teologia. Em certo sentido, Hegel transformou a escatologia cristã, na qual o homem encontra seu destino no Juízo Final e na vida a partir de então, em uma filosofia da história na qual o desenvolvimento da totalidade do conhecimento humano é essencialmente a mesma do ordenamento racional da história, e assim (substitui) nosso destino por Deus.

Em 1801, Hegel passou a ensinar na faculdade da Universidade de Iena, e sua primeira grande obra, *The Phenomenology of Mind* [Fenomenologia do espírito], foi concluída à meia-noite, antes da Batalha de Iena em 1807. Com a universidade fechada devido a essa batalha, Hegel sustentou a si mesmo e à esposa (casou-se em 1811), trabalhando como diretor da escola secundária de Nuremberg, onde permaneceu até 1816. Ali escreveu sua influente *Science of Logic* [Ciência da lógica], que o levou a receber convites de várias universidades. Em 1816, entrou para o corpo docente da Universidade de Heidelberg, onde no ano seguinte publicou a *Encyclopedia of the Philosophical Sciences in Outline* [Resumo da Enciclopédia das Ciências Filosóficas], obra em que apresenta a vasta estrutura de sua filosofia em seu triplo aspecto, isto é, lógica, filosofia da natureza e filosofia do espírito. Dois anos depois, Hegel tornou-se catedrático de filosofia na Universidade de Berlin, onde permaneceu até sua morte por cólera em 1831, aos 61 anos de idade. Em Berlin, Hegel escreveu muito, ainda que quase todos os livros tenham sido publicados após sua morte. Suas obras do período incluem *Philosophy of Righ* [Filosofia do direito] e conferências publicadas postumamente, como *Philosophy of History* [Filosofia da história], *Aesthetics* [Estética], *Philosophy of Religion* [Filosofia da religião] e *History of Philosophy* [História da filosofia].

imagem do desenvolvimento social como algo impulsionado pela dialética (o choque dos opostos); a história avançava sob o impacto do choque de tendências antagônicas. Qualquer posição estática continha tendências conflitantes – aparentemente contraditórias –, e à medida que as contradições aparentes se chocavam e transpunham para uma nova posição (uma síntese temporária dos melhores elementos das duas posições opostas), novos conflitos e novas contradições aparentes tornavam-se visíveis. Poderíamos chegar à superação do conflito e das contradições sociais? Ou será a história humana um processo inevitável de movimento contínuo em que se negociam conflitos e oposições e se fazem concessões mútuas somente para que tudo isso, por sua vez, se transforme imediatamente em motivo de novos conflitos?

A LIBERDADE COMO CRITÉRIO-CHAVE DA MODERNIDADE

Influenciado por Kant, Rousseau e outros filósofos, Hegel aceita o princípio de autonomia e o projeto social de conquista da liberdade como essência da modernidade, mas argumenta que uma nova relação de felicidade e liberdade tornou-se visível quando situamos aquilo que observávamos empiricamente ao nosso redor dentro da totalidade da história filosófica. O objetivo tradicional da felicidade enquanto aspiração da existência humana transposta para este mundo implicava que o homem só poderia ser feliz quando fosse livre. Enquanto a liberdade deveria ser um princípio regulador que conduzisse o destino histórico da humanidade, Hegel afirmava que a liberdade devia ser entendida em seu sentido mais amplo e expressivo. A liberdade deveria ser a liberdade de vir a ser; o homem deve desenvolver uma consciência de si próprio como parte de um processo socio-histórico que se volta para o objetivo da liberdade absoluta. Não devemos fundamentar uma análise da sociedade em concepções estáticas, ou em alguma análise filosófica que proponha sua análise como se a verdade da existência social pudesse ser apartada do contexto sociofilosófico; um contexto essencialmente histórico[21]. A liberdade é um processo his-

21. Em essência, para Hegel:

1. A realidade é um processo histórico.
2. O processo histórico determina fatores que lhe são intrínsecos; por exemplo, como os seres humanos se comportam. A natureza humana não é uma constante; acha-se implantada em estilos de vida e em sociedades.
3. Há um desenvolvimento perceptível na história; a história "progride", e esse progresso é dialético.
4. O objetivo da humanidade é a felicidade, mas esta deve ser encontrada na liberdade; a história é um movimento em direção à concretização da liberdade humana; esse processo é reflexivo, i.e., implica nossa consciência da liberdade e do conhecimento cada vez maior de nós mesmos.
5. O perigo da liberdade é a *alienação*; alienação é a situação em que parte de nosso eu parece alheio a nosso verdadeiro eu – em que a humanidade entra em desacordo consigo mesma. A alienação será superada quando se entender que tanto a razão social quanto a razão pessoal são uma só coisa, e que tal coisa é verdadeiramente racional.

tórico; a liberdade que o homem procura na modernidade deve consumar-se por meio de uma sociedade de bases normativas. Uma sociedade que reconheça a autonomia e a particularidade individuais ao mesmo tempo que suas estruturas atuem como um mediador da individualidade, convertendo-a em um todo eticamente constituído. A sociedade justa combina a particularidade pessoal e a unidade substantiva dentro das formas objetivas da soberania civil.

O ESTADO DEVE REFLETIR NOSSA NECESSIDADE DE UMA ORDEM SOCIAL MORAL

Se a felicidade é uma questão de viver a vida verdadeiramente livre, as restrições sociais às quais nos sujeitamos devem ser moralmente defensáveis. Enquanto regime de poder coercivo, o direito deve refletir o empenho moral da sociedade. Na busca desse objetivo, Hegel parece eliminar qualquer distinção entre direito e moralidade – entre a lei humana e a moralidade –, situando-os, na verdade, no contexto de uma ordem social eticamente constituída. Em *Philosophy of Right* [Filosofia do direito], Hegel rejeita explicitamente a idéia de contrato social como base para a explicação da natureza da obrigação política. Ao contrário de Hobbes e Locke, para os quais a legitimidade do governo civil tinha suas raízes na aprovação por parte do indivíduo, Hegel afirmava que a legitimidade associada às instituições governamentais do Estado tinha por base princípios de moralidade política imanentes aos costumes, às normas e práticas pré-jurídicas que configuravam aquilo que chamava de sociedade civil. A tendência utilitarista dominante no pensamento iluminista via na sociedade civil os fundamentos de uma forma de associação em que predominava o nexo contratual – a união de indivíduos essencialmente apartados e atomísticos com a finalidade de obter vantagens e segurança mútuas. A idéia hegeliana de comunidade era muito mais ampla:

> Se se confundir o Estado com a sociedade, considerando-se como seu objetivo específico a segurança e a proteção da propriedade e da liberdade pessoais, o interesse dos indivíduos enquanto tais irá tornar-se a finalidade suprema de sua associação; seguir-se-á, então, que se tornará facultativo ser membro de um Estado. Contudo, a relação entre o Estado e o indivíduo é de natureza bem diversa. Uma vez que o Estado é espírito objetificado, o indivíduo só terá objetividade, verdade (*Wahrheit*) e existência ética quando for um de seus membros. (...) A vocação (*Bestimmung*) dos indivíduos é levar uma vida universal. Suas outras satisfações, atividades e modalidades de conduta têm vida substancial e universalmente válida como seu ponto de partida e seu resultado (*Filosofia do direito*, parágrafo 258).

6. O conhecimento traz liberdade. Em fases anteriores da história do mundo não estávamos no controle da situação, pois as coisas nos aconteciam sem que nos déssemos conta de que aconteciam, nem compreendíamos totalmente qual era sua natureza. Porém, como hoje temos consciência de que o mundo social é criação nossa, nossa própria razão pode estipular suas leis.
7. Procuramos a vida em uma sociedade racionalmente ordenada. Para chegar a tal sociedade, não devemos impor-lhe algum padrão de racionalidade, mas sim trazer à luz a racionalidade dos processos que historicamente a tem constituído, e construir a partir daí. A técnica consiste em descobrir o que é racional no real, intensificá-lo e desenvolvê-lo de modo que permita que possa realizar-se.

O chamado cidadão moderno e "livre" da sociedade civil, liberto da tradição e do costume, não é suficientemente livre. Ele se deixa absorver pelo jogo de forças econômicas; seguindo o conteúdo contingente de seus desejos, busca os prazeres e vive um destino gerado por decisões tomadas por outros no mercado. Uma nova forma de objetividade se faz necessária para dar ao indivíduo moderno um estilo de vida racionalmente válido, e ainda assim livre. Os esforços incertos do "homem econômico" devem ser direcionados para um empenho em nome do bem comum.

> O Estado é a realidade da liberdade concreta. Contudo, a liberdade concreta consiste em que a individualidade pessoal e seus interesses particulares não apenas alcancem seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento explícito de seus direitos (...), mas que, em primeiro lugar, se integrem por vontade própria ao interesse geral e, em segundo lugar, que conheçam e desejem o universal (...), que o reconheçam como seu fim e seu objetivo, e sejam ativos em sua busca. O resultado é que o universal não predomina nem se consuma a não ser através dos interesses particulares e da cooperação da consciência e da vontade particulares; do mesmo modo, os indivíduos não vivem como pessoas privadas que se voltam exclusivamente para seus interesses; no ato mesmo de desejá-los, desejam o universal à luz do universal, e sua atividade é conscientemente voltada para esse fim exclusivo (*Filosofia do direito*, parágrafo 260).

Para Hegel, contudo, a sociedade civil consistia de formas de associação humana, como a família e o lar, que eram de natureza essencialmente não-contratual, e que, em conseqüência, geravam princípios de legitimidade e obrigação que eram vinculantes independentemente da aquiescência ou do acordo voluntário de seus membros. Hegel insistia em que tais formas de associação eram metafisicamente anteriores ao indivíduo, no sentido de que a família, o lar e as outras instituições formadoras da sociedade civil não podiam ser apropriadamente entendidas como associações instrumentais – isto é, como associações que só existiam para promover a consumação dos fins e objetivos de seus membros. Portanto, Hegel caracterizava o verdadeiro Estado como uma comunidade ética ou, mais exatamente, como uma forma de *Sittlichkeit**, que incorporava bens e valores morais intrínsecos a seu sistema formal de regras, leis e procedimentos institucionais[22].

* Moral. (N. do T.)

22. A obra de Hegel exerceu uma enorme influência para muito além de sua costumeira identificação com o marxismo. Na tradição inglesa, a concepção comunitária de Hegel da associação política foi retomada e reafirmada pelo influente filósofo Green nos livros *Prolegomena to Ethics* (1883) e *Lectures on the Principles of Political Obligation* (1886), ambos de publicação póstuma, e também por Bradley em seus *Ethical Studies* (1876).

O ESTADO CONSTITUCIONAL É UM DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO QUE DEVE SER ENTENDIDO E CONTROLADO COM REFERÊNCIA AOS INSTRUMENTOS CONCEITUAIS DO CONHECIMENTO HISTÓRICO E À NOSSA LEITURA DA HISTÓRIA COMO MANIFESTAÇÃO DE UMA VIDA SOCIAL ÉTICA

O Estado é a concretização da Idéia ética. É espírito ético na qualidade de vontade substancial manifesta e revelada a si mesma, que conhece e pensa a si mesma, realizando o que sabe e na medida em que o sabe (*Philosophy of Right* [Filosofia do Direito], parágrafo 257).

A Constituição política verdadeira ou ideal, a sociedade ideal e o Estado justo devem refletir os argumentos dialéticos progressivos relativos à posição social e ao reconhecimento do valor da dignidade humana individual. O Estado é plenamente racional quando se organiza de acordo com a totalidade do conhecimento da condição humana e desenvolve seus argumentos substantivos de modo que reflita esse conhecimento. O Estado não pode abrir mão da questão da justiça e do direito em nome de uma mão oculta do mercado ou de outro mecanismo "natural" subjacente à sociedade civil; ao contrário, é preciso dar conteúdo substantivo à idéia de vontade geral. Hegel afirma que os teóricos do contrato social, com suas idéias de liberdade natural, ignoram o fato histórico de que a liberdade humana depende da inserção social. Para o filósofo, até mesmo a idéia rousseauniana de contrato social é inaceitável, pois em sua opinião tal idéia

> (...) reduz a união dos indivíduos de um Estado a um contrato e, desse modo, a uma coisa baseada em suas vontades arbitrárias, suas opiniões e sua adesão expressa e instável; e o raciocínio abstrato começa a extrair as inferências lógicas que destroem o princípio absolutamente divino do Estado, juntamente com sua majestade e autoridade absolutas. Por esse motivo, quando essas conclusões abstratas chegaram ao poder produziram, pela primeira vez na história humana, o espetáculo prodigioso da derrocada da constituição de um grande Estado real e sua completa reconstrução *ab initio*, unicamente com base no pensamento puro, depois da destruição de tudo o que existia. A vontade dos que o recriaram era dar-lhe o que alegavam ser uma base puramente racional, mas o que se usava eram apenas abstrações; a Idéia estava ausente, e a tentativa terminou no máximo de terror e crueldade (*Philosophy of Right*, parágrafo 258).

No período contemporâneo, o estudioso conservador Michael Oakeshott seguiu o exemplo de Green e Bradley ao não reconhecer nenhuma distinção absoluta entre a organização jurídica e constitucional do Estado e as práticas culturais, econômicas e religiosas que constituíam a esfera da sociedade civil. Era um erro, afirmava, conceber o Estado como um mero "conjunto de pessoas" organizadas para fins jurídicos, econômicos ou políticos, ou concebê-lo como um simples território físico sujeito à jurisdição de um sistema particular de leis e administração civil. A autoridade exercida pelas instituições formais do governo de Estado, insistia ele, pressupunha sempre o contexto fornecido pelo todo social – isto é, pela "totalidade em uma comunidade real que atende às necessidades de todo o espírito dos indivíduos que a constituem" (*The Authority of the State*: 10). A autoridade do Estado não provém do consentimento voluntário ou do acordo promissivo de seus cidadãos; encontra-se exclusivamente na completude da satisfação que o próprio Estado confere às necessidades das pessoas concretas.

Em seu desejo de universalizar a liberdade e a autonomia que, em sua opinião, sustentavam a Revolução Francesa, os agentes ignoravam o saber social; o terror jacobino brotava de uma liberdade desenfreada. O grande número de agentes individuais e grupos defendiam a racionalidade subjetiva sem incorporar e restringir o princípio de autonomia individual dentro da objetividade da consciência histórica. Inversamente, o Estado plenamente moderno deve ter consciência da dialética histórica.

O Estado deve ter uma configuração jurídico-constitucional no sentido mais amplo do termo. Precisa ser um *imperium* da lei. Esse poder, porém, precisa ser ético; o império da lei viria a erigir a *eticidade* do direito[23]. A Revolução Francesa demonstrara que as divisões entre as classes sociais, entre o rural e o urbano e entre os diferentes grupos, facções e indivíduos, eram tão profundas que alguma forma superior de obtenção de unidade se fazia necessária. Hegel recusava-se a recuar para a tradição do absolutismo patriarcal ou a voltar-se para o vago imaginário de um *Volksgeist* germânico, puro e orgânico. Em vez disso, o objetivo da humanidade consiste em alcançar uma perfeita autoconsciência da totalidade de seu ser; a modernidade deveria ter unidade dentro do poder social do próprio conhecimento, assim como o compromisso de criar um Estado racional que obedecesse aos ditames desse conhecimento. "O Estado racional", a encarnação substantiva da racionalidade, forneceria o mecanismo unificador e um espaço apropriado à plenitude da vida moderna da humanidade. A unidade, porém, não deve destruir a individualidade; o Estado deve resolver a questão das divisões da sociedade civil sem abrir mão do princípio de liberdade. O indivíduo deveria ser preservado ao se situar a individualidade, através do desenvolvimento de uma teoria jurídica dos direitos individuais (direitos de propriedade, direitos contratuais, o reconhecimento da existência dos direitos), em uma realidade histórica objetivamente dada do Estado. O indivíduo só pode ser preservado como uma força de vida real se se admitir que a individualidade depende de uma totalidade social organizada no entorno da progressão dialética do particular e do universal, do individual e do social.

A individualidade e a sociabilidade não eram pólos mutuamente excludentes; ao contrário, eram instrumentos conceituais por meio dos quais reconhecíamos diferentes espaços dos movimentos históricos. Quando reconhecemos que a individualidade só pode existir como parte de uma totalidade, compreendemos que desejar o universal é, ao mesmo tempo, um movimento de "superação e preservação" do individual (o particular) em favor do universal e a salvaguarda da individualidade contra o perigo de uma totalidade não-ética. O desenvolvimento do direito e do Estado constitucional racional era o centro da teoria social de Hegel; mostrava como a

23. Para usar o título da terceira parte da *Filosofia do direito* de Hegel.

instituição social básica fora construída através da dialética social (*Aufhebung*), ou dos processos por meio dos quais os lados antagônicos do argumento racional entravam em choque e os melhores aspectos de ambos incorporavam-se à nova posição.

A AMBIVALÊNCIA DA IMAGEM DE HEGEL: ROMANTISMO E ADVERTÊNCIA

Hegel tem inspirado tanto a direita quanto a esquerda do espectro político. Em parte, é interpretado como um romântico histórico que oferece imagens edificantes, mas, se por um lado só podemos dar sentido a nossa identidade através da história e apreciar as glórias do passado, por outro não deveríamos nem subestimar nem superestimar os efeitos progressivos e cumulativos de nosso desenvolvimento social. Precisamos de um espírito motivador para guiar o desenvolvimento social, um *Geist* que possa nos entusiasmar e incorporar-se a todas as nossas instituições sociais. O que, porém, pode nos oferecer esse *Geist*? Como podemos ter certeza de que essa filosofia tem qualquer fundamento na história real?

Hegel oferece uma leitura da história do mundo em termos das tensões entre subjetividade individual e totalidade ideológica. As antigas cidades-Estado gregas ofereciam visões de força e finalidade, mas não eram capazes de tolerar os desafios da individualidade. Em seu livro *Phenomenology of Spirit* [Fenomenologia do espírito], Hegel abre mão do espírito da *polis* enquanto padrão para se avaliar a vida social moderna; enquanto a cultura grega pode nos oferecer uma bela unidade, em contraste com a qual freqüentemente nos envergonhamos de nossas divisões, a liberdade dos modernos supera, em importância, aquilo que perdemos. Hegel encontra na cultura grega primitiva uma contradição básica, no sentido de que a vida grega não dispunha de recursos intelectuais para manter a subjetividade, mas não podia evitar que ela se tornasse presente. A sociedade só podia progredir ao trazer a subjetividade à luz, mas, uma vez em vigor, ela perturba o equilíbrio da racionalidade grega. Ela desintegra seus padrões, e um novo equilíbrio só se torna possível a partir do princípio do eu como um sujeito independente e livre. Essa individuação deve, contudo, ser bem fundada; deve existir dentro de um estilo de vida que imponha limites justos à subjetividade e a harmonize com uma eticidade mais ampla e institucionalizada[24]. Para Hegel, esse é o problema central da existência social. Ele parece ter receado que o mundo exija a subjetividade, mas que nenhum estilo de vida possa, efetivamente, vir a acomodá-la. Sua posição oficial, contudo, é que o Estado moderno, com sua complexa estratificação do agente independente e da família, juntamente com os mecanismos da sociedade de mercado, a orientação universal do

24. Para Hegel, a sociedade grega pré-socrática mostrava harmonia entre a razão, o desejo e a ação. Sócrates acabou com essa harmonia simples ao perguntar "O que é a justiça? Por que obedecer às leis? Qual o sentido da vida?" O filósofo grego também subverteu a ordem social ao estimular a reflexão individual. Uma vez em movimento, a subjetividade só pode encontrar abrigo em um meio social que permita a consciência individual.

serviço público, a vontade do monarca e o poder unificador da identificação racional no contexto dessa totalidade, é capaz de abrigar cada um desses elementos em uma existência comum que os harmonize a todos. É de esperar que a modernidade transcenderá o caráter trágico da vida grega... A ordem jurídica, porém, corria o risco de ignorar a necessidade de unidade expressiva:

> As estátuas são agora meros corpos dos quais a alma viva partiu, assim como os hinos são palavras exauridas de toda crença. A mesa dos deuses não mais oferece alimento e bebida para o espírito, e em seus jogos e festivais o homem não mais recupera a alegre consciência de sua unidade com o divino. Os trabalhos da musa agora carecem do poder do espírito, pois este adquiriu certeza de si próprio a partir do esmagamento de deuses e homens. Transformaram-se naquilo que são para nós agora – belos frutos já colhidos das árvores, que um destino cordial nos ofereceu do mesmo modo que uma jovem poderia colocá-los à nossa frente... Contudo, assim como a jovem que nos oferece os frutos colhidos é mais do que a natureza que diretamente os provê – a natureza diversificada em suas condições e elementos, a árvore, o ar, a luz e assim por diante –, porque resume tudo isso em uma modalidade superior, no brilho de seu olho autoconsciente e no gesto com que os oferece, assim também o espírito do destino que nos apresenta aquelas obras de arte é mais do que a existência ética e o mundo real daquela nação, pois constitui a interiorização, em nós, do espírito que nelas foi ainda exteriormente manifesto.

A mensagem é simples – nós, modernos, corremos o risco de perder nossa imaginação intelectual para os áridos textos do utilitarismo –, mas a resposta é difícil. Em parte, Hegel contrapunha utilidade a paixão romântica[25] e criava uma leitura filosófica do mundo que provia o Estado de um objetivo abstrato capaz de dar significado expressivo à vida social. Isso porque, sem unidade expressiva, logo nos veríamos perdidos na felicidade hobbesiana, na busca do prazer individual através dos jogos da vida burguesa; nossa vida cotidiana mais como um reflexo de nosso capital. A modernidade transformaria os seres humanos ou em conformistas banais, sem nenhum sentido de missão pessoal[26], ou em indivíduos alienados, incapazes de encontrar um sentido para a vida[27].

25. "(...) podemos afirmar com absoluta certeza que nada de grandioso no mundo foi conseguido sem paixão" (*Filosofia da história*, 163).

26. A imagem hegeliana do sujeito social moderno era a do burguês. "O sujeito entrega-se aos prazeres da mocidade, constrói-se a si próprio com seus desejos e opiniões em harmonia com as relações subsistentes e com sua racionalidade, penetra a concatenação do mundo e adquire uma atitude apropriada perante ele. Por mais que tenha lutado contra o mundo ou padecido sob sua tirania, na maioria dos casos ele termina por encontrar uma mulher e algum tipo de colocação, casa-se e torna-se um burguês de espírito tão estreito quanto todos os demais. A mulher cuida dos afazeres domésticos, nascem os filhos, e a esposa adorada, que de início era única, um anjo, passa a comportar-se como todas as outras esposas; a profissão do homem traz consigo trabalho e transtornos, o casamento torna-se fonte de aflições domésticas" (*Estética*, 593).

27. Para Hegel, os gregos antigos trabalhavam com idéias substantivas sobre o que significava viver bem. As práticas cotidianas reconheciam e referendavam a pessoa de acordo com os papéis sociais e o lugar desses papéis na totalidade geral. Porém, conquanto cada papel extraísse seu significado de seu lugar e sua operação no todo, ficava aberto à possibilidade de divergência à medida que outros papéis interagissem.

A VONTADE SOBERANA, OU A NATUREZA DA VONTADE DO SOBERANO

Hegel afirma que a ordem jurídica do Estado racional compreende três elementos: (i) a natureza constitucional da soberania; (ii) a natureza básica do direito como conjunto de princípios que buscam a universalidade – cada "idéia" do espírito, a qualquer momento, é incipiente e deve ser constantemente trabalhada; (iii) a necessidade de comparar os princípios jurídicos com a realidade empírica – a pureza da idéia do direito deve defrontar-se com o conhecimento de sua realidade em situações concretas.

Constitucionalidade

> O fato de a soberania de Estado ser a afirmação da natureza ideal de todas as autoridades específicas que nele atuam dá origem ao fácil e muito comum mal-entendido de que essa idealização é apenas força e pura arbitrariedade, enquanto a "soberania" é um sinônimo de "despotismo". Este último, porém, significa qualquer estado de coisas em que a lei tenha desaparecido e a vontade particular enquanto tal, quer a de um monarca, quer a da plebe (oclocracia), vale como lei ou, mais ainda, assume o lugar da lei; ao contrário, é apenas no governo legal, constitucional, que a soberania vai ser encontrada como elemento essencial da idealização (*Philosophy of right*, parágrafo 278).

O Estado constitucional – a legalidade – é a resposta à pergunta "como se pode organizar uma modernidade racional?" A liberdade inicial da filosofia moderna precisa encontrar reconhecimento empírico e um meio através do qual possa obter resultados. O direito deve ser o meio que reconhece a necessidade racional do *espírito da humanidade* e lhe dá uma resposta. Hegel, contudo, vai mais além: como ele argumenta que o direito já faz isso, pode apresentá-lo como o meio que irá articular e concretizar essa necessidade racional. Podemos nos dar conta disso quando buscamos uma compreensão geral da operacionalidade do direito. Nossa análise do direito deve ser consciente em termos sociais e historicamente situada no conhecimento pleno de que o direito atua como mediador das relações intra-subjetivas em uma divisão desigual de papéis. Devemos separar legalidade de despotismo e ler, no

Quando as sociedades amadurecem, ocorre uma maior diferenciação dos papéis e do conhecimento social; essa divisão pode ser interpretada como desintegração e oposição social, mas é fundamental para o desenvolvimento de níveis mais altos de conhecimento e perspectivas sociais. Em suma, para o desenvolvimento do *Geist*, ou espírito. O indivíduo, porém, pode achar que o desenvolvimento da diferenciação é grande demais para ser compreendido. Enquanto a complexidade da modernidade permite que o indivíduo se afirme e comece a escolher uma identidade pessoal para si mesmo (em oposição a uma identidade atribuída), isso pode resultar no colapso da liberdade e na falta de sentido pessoal: a única esperança é que o indivíduo compreenda que ele só adquire seu reconhecimento enquanto tal ao ser um membro atuante de uma comunidade mais ampla (ver discussões em Taylor, 1975: 433-6, 487-8; Kolb, 1986: capítulo 2).

desenvolvimento histórico do progressivo desdobramento do espírito moderno, que a chave para a utilização do poder é a constitucionalidade. Em certo sentido, tomamos por base a racionalidade incipiente legada por Hobbes. A imagem hobbesiana é a incorporação do mana à realidade do poder dentro da centralidade da vontade que é o poder do Estado. Hobbes centraliza aquilo que, sob outros aspectos, são as diferentes vontades de um ordenamento naturalmente caótico da subjetividade – para a paz social, sob aspectos cruciais, o que deve contar é a vontade do soberano, e seu poder transforma essa vontade no elemento organizador do progresso social. A ausência de uma vontade social operativa em termos gerais – uma vontade integral – exige que uma vontade única seja produzida e sustentada pela força. Para Hegel, inversamente, a sociedade é a base para a articulação e a concretização da razão, o que só pode ocorrer quando os membros da sociedade estiverem integrados ao projeto social da razão e com ele se identificarem; não se pode obrigá-los, com êxito, a contrariar os caminhos da razão. Um exemplo disso é a história da relação senhor-escravo.

Identidade jurídica e a contingência do moderno: o exemplo da relação senhor–escravo

A história se fundamenta na dominação do homem pelo homem, fato que o direito reflete, e as relações entre senhor e escravo manifestam uma divisão de papéis historicamente aceita. Que consciência torna isso possível? Vejamos o que diz Aristóteles:

> (...) existirá alguém que a natureza tenha destinado à condição de escravo, e para quem tal condição seja justa e vantajosa? Ou não será toda escravidão uma violação da natureza?
>
> Não é difícil responder a esta pergunta com base no raciocínio e nos fatos. O fato de que alguns devam mandar e outros obedecer não é só necessário, mas também conveniente; desde que nascem, alguns se vêem destinados à escravidão, outros a mandar (Aristóteles, *Política*, 1, 4-5).

Aristóteles "confiava" na natureza e estava profundamente inserido na rede de relações sociais na qual vivia. Não conseguia percebê-las – como fazem os modernos – em termos de contingência ou construção social, mas via-as como "naturais"[28]. Contudo, quando os indivíduos se libertam da totalidade da ideologia que configu-

28. Podemos descrever Aristóteles como um pensador que preparou um inventário da ética, dos deveres e dos modos de percepção do mundo grego. Ao contrário de Platão, que era originalmente um escravo –, Aristóteles tinha sólidas raízes em seu mundo empírico. O "sujeito" de Aristóteles não era uma contingência. A relação "senhor grego"–"escravo bárbaro" não foi um "acidente" no sentido de uma criação histórica (e, desse modo, poderia facilmente ter sido uma outra coisa); ao contrário, pareceu como se fosse "natural", isto é, nada além do desempenho do papel dos objetivos correspondentes a cada um.

ra o modo de vida socialmente aceito, a "confiança existencial" deixa de existir[29]. Isso acontece porque, a despeito da força da imagem dominante do mundo e da naturalidade dos "papéis" à disposição de todos, existem as percepções sociais antagônicas e os conflitos de interesse. A relação senhor–escravo é de domínio e, por mais "natural" que esse domínio possa parecer, o senhor e o escravo ocupam posições sociais distintas que encerram – ao menos potencialmente – um conflito (ver discussão, Taylor, 1975: 153-7). E, seja qual for a consciência social dominante que legitime a relação senhor–escravo, existe a possibilidade de ser questionada por outro conceito – como o de "igualdade natural".

Como Hegel o descreve, o senhor, o sujeito "superior", desvencilha-se da desagradável idéia de igualdade ao atribuir ao "outro" um *status* inferior e usar o indivíduo "inferior" como um meio para ser bem-sucedido. O escravo é forçado a trabalhar a fim de conferir liberdade à subjetividade "superior" de seu senhor. Nesse trabalho, porém, o "inferior" engaja sua própria subjetividade no mundo do real e desenvolve uma subjetividade independente da subjetividade de senhor, ainda que a ela vinculada. O domínio convida à resistência, tanto em termos físicos como intelectuais; o conflito resulta no desenvolvimento e na articulação de novas normas de conduta e novas maneiras de perceber a natureza da relação. O escravo nega o domínio do senhor, uma atividade que significa a capacidade de autocriação e exprime a busca de liberdade que transforma a natureza em cultura. Nós, "modernos", entendemos que a diferença entre escravo e senhor não pode ser encontrada no nível da natureza; ao contrário, situa-se na história da institucionalização das relações sociais. Uma história na qual a história concreta da dominação e da subjugação encontra-se codificada em categorias sociais legítimas – as leis da sociedade. A busca de liberdade envolve uma luta contra essas formas de "legitimidade" – contra a doutrina jurídica que atribuía valor intelectual a essas instituições sociais. Ao tornar-se "moderna", a doutrina jurídica invalida a razão corporificada nas instituições sociais pré-modernas – uma luta que é a força constitutiva da liberdade.

Contudo, se essa liberdade converter-se em subjetividade exuberante – se, em outras palavras, a modernidade vier a tornar-se apenas uma massa de indivíduos com suas diferentes perspectivas –, nenhuma liberdade verdadeira será possível. Nenhuma liberdade verdadeira seria possível porque não haveria como chegar a um acordo sobre o que constituiria os fatos morais da modernidade, e tampouco haveria um modo absolutamente seguro de separar o bem do mal, o moral do imoral. Nesse caso, o direito não poderia nem garantir a liberdade nem constituir o mecanismo facilitador de uma modernidade livre.

29. "A consciência única e individual, do modo como existe na ordem ética real ou na nação, é uma confiança sólida e inabalável na qual, para o indivíduo, o Espírito não se decompôs em seus momentos abstratos, e por esse motivo ele não tem consciência de si mesmo como um ser de individualidade pura por sua própria conta. Contudo, uma vez que tenha chegado a essa idéia, como deve chegar, terá perdido essa unidade imediata com o Espírito, sua confiança. Ao constituir-se desse modo (...) o indivíduo ter-se-á colocado em oposição às leis e aos costumes. Estes são vistos como meras idéias destituídas de essencialidade absoluta, como teoria abstrata sem vínculos com nenhuma realidade, enquanto ele, como esse "eu" particular, é sua própria verdade viva" (*Phenomenology of Spirit*, 1977: 259).

Também é preciso prover a doutrina do direito de uma consciência histórica que nos permita dizer a nós mesmos que estamos progredindo; de outra forma, ela não poderá servir de registro dos avanços de nossa criatividade institucional. Portanto, como Hegel nos assegura, devemos tratar a história como o progresso da razão que se torna autoconsciente.

À luz de tais fatos, interpretamos as formas cambiantes do conflito senhor–escravo como o desenvolvimento da consciência da liberdade através da qual a humanidade se estabelece como um objeto para si própria. Ao interpretar essa situação tangível, testemunhamos não apenas o desenvolvimento histórico da razão, mas também a inserção real da razão em uma institucionalização normativa dentro da realidade mundial de dominação e subjugação, de sangue e desespero. Hegel nos assegura que *a razão tem três posições no mundo*: a linguagem (representação), a luta (a contenda pela norma de reconhecimento; a esfera da política) e o trabalho (a lida; o terreno da economia). No início do conflito senhor–escravo, duas posições subjetivas contrárias estavam em relação contraditória, ao longo do conflito cada subjetividade antagônica suplanta sua particularidade, e tanto a identidade do escravo quanto a do senhor se transformam – cada qual se transforma em um ser humano livre e moderno. Agora, cada um deve assegurar o mútuo (auto-)reconhecimento de cada qual como (um) outro, um ser humano real. Isso só se torna possível através da mediação do direito (moderno), que configura o estado de liberdade e garante direitos modernos ao (antigo) escravo. Ao ser investido de direitos, o escravo deixa o estado de natureza e se converte em uma pessoa moderna; da mesma maneira, o senhor é humanizado.

A história humana é um processo racional que atua através da irracionalidade dos projetos sociais inconscientes do indivíduo

Em qualquer época, indivíduos e grupos, bem como seus escritos e conceitos, acham-se em uma relação de conflito que impulsiona o desenvolvimento histórico, ainda que os indivíduos não estejam, conscientemente, empenhando-se em criar uma história progressiva. Contudo, através de sua interação e da comunicação social do conhecimento, bem como a partir de suas lutas diversas e de múltiplas facetas, a razão da modernidade emerge e institucionaliza-se em forma de uma Constituição político-jurídica[30].

30. Há um sentido em que Hegel toma a idéia do funcionamento natural subjacente do mundo – apresentada por Hume e Adam Smith – e trata-a como o progressivo desdobramento da razão. Contudo, enquanto Smith funda uma tradição política na qual essa racionalidade deve – absolutamente deve – ter seu desenvolvimento delegado à mão oculta da natureza (cuja mais alta expressão é a mão oculta do mercado),

O direito é o instrumento que ao mesmo tempo registra esse avanço ético da humanidade concreta e estrutura as condições para a etapa seguinte. As atividades das autoridades de Estado, a realidade viva da Constituição e o funcionamento do sistema jurídico configuram uma série de pontos de referência institucionais para a identidade coletiva e individual e a formação da vontade. O desenvolvimento do sistema jurídico deve ter a função de desenvolvimento da representação da humanidade.

As particularidades do desenvolvimento jurídico

> Princípio – plano de existência –, o direito é uma essência oculta que, enquanto tal e por mais verdadeiro em si mesmo, não é completamente real (*Philosophy of Right*).

Em qualquer época, o direito é um fenômeno ao mesmo tempo presente e oculto. É sempre uma possibilidade, uma potencialidade que surge através do esforço humano. O direito surge através da vontade, através da paixão humana de dar realidade concreta aos princípios[31]. A paixão individual do agente legal deve fundir-se ao dever, à apreciação ética de sua tarefa. O agente – juiz, advogado – não pode fugir a seus desejos e objetivos pessoais, mas estes precisam fundir-se a concepções de justiça e dever para poderem transcender o desejo arbitrário[32]. Acima de tudo, precisamos ver o direito como um "todo" – a particularidade de qualquer lei e qualquer sentença é uma expressão do DIREITO à medida que este se depura ao longo da progressão dialética (histórica) da racionalidade da natureza humana.

Qual a direção do direito?

O desenvolvimento jurídico em sua totalidade é o Estado em busca dos interesses universais da humanidade à medida que tais interesses vão aos poucos se

Hegel replica que devemos nos encarregar desse processo e assegurar que as interações reconheçam a ação *significativa*. Por sua vez, o liberalismo terá dúvidas quanto a qualquer esquema dominante de interpretação histórica que, a partir da perspectiva de uma visão total, afirme discernir a verdadeira base significativa para a comunidade humana.

31. Em linguagem surpreendentemente semelhante ao discurso da integridade jurídica invocado por Ronald Dworkin quase dois séculos depois (ver capítulo 15 deste livro), Hegel argumenta que é "direito absoluto da existência pessoal obter satisfação em sua atividade e seu trabalho. Se se pressupõe que o homem deva interessar-se por alguma coisa, ele deve participar de sua existência aí envolvida; ter sua individualidade gratificada por sua realização" (*Philosophy of History*, 163).

32. "Os objetivos que os agentes se estabelecem são limitados e especiais (...) [mas em sua racionalidade] o significado geral de seus desejos interliga-se a considerações gerais e essenciais sobre a justiça, o bem, o dever etc., pois o mero desejo, a vontade em suas formas grosseiras e selvagens, não pertence à cena e à esfera da história universal" (*Philosophy of History*, 166).

tornando conhecidos. O funcionamento das instituições do Estado oferece "a base sólida não apenas do Estado, mas também da confiança e dos sentimentos que o cidadão por ele nutre. São os pilares da liberdade pública, uma vez que através deles a liberdade particular é real e racional" (*Philosophy of Right*, parágrafo 265). Lições universais são extraídas da particularidade dos conflitos sociais. Através dessa história de conflito social e da concretização da interdependência do particular e do geral, do individual e do social, o Estado se "educa" e cria instituições que "concretizam" a racionalidade. Através da análise rigorosa de suas leis, de seu desenvolvimento e das conseqüências sociais dessas leis, o Estado adquire consciência de seu funcionamento e se abstém de servir somente aos interesses privados ou ao capital investido.

> A realidade abstrata ou a substancialidade do Estado consiste no fato de que seu objetivo é o interesse universal enquanto tal e a conservação dos interesses particulares, uma vez que o interesse universal é a substância destes (...). [O Estado] funciona e atua com referência a objetivos conscientemente adotados, princípios conhecidos e leis que não são meramente implícitas, mas têm presença concreta na consciência; além disso, o Estado atua com conhecimento preciso das condições e circunstâncias existentes, uma vez que seus atos são pertinentes a elas (*Philosophy of Right*, parágrafo 270).

A ambição do direito

O que impulsiona o direito é uma ambição: a ambição de introduzir "o princípio do ser e do conhecimento racionais na racionalidade do justo é do direito". O direito é o instrumento através do qual o homem expressa sua vontade – uma vontade social –, mas as leis só podem ser racionais quando se recusarem a ser meramente uma questão de simples fatos ou um instrumento vazio da(s) vontade(s) caótica(s) ou arbitrária(s) dos poderosos. Hegel nos diz (romanticamente) que o direito se libertou de sua positividade meramente arbitrária, recusou a barbárie e se pôs a serviço da verdade, enquanto o conhecimento deixou de estar preso a preocupações extraterrestres e passou a concentrar-se na realidade do mundo[33]. Em resultado, o sistema jurídico passou a expressar o desenvolvimento da razão social – é o caminho pelo qual o mundo ideal se transforma no mundo real. Hegel então exorta o agente legal a sonhar o sonho pleno das luzes, no qual o mundo se torna passível de conhecimento, e a ir em busca da reconciliação racional dos interesses universais e particulares através do foro da "eticidade" do direito.

33. "O domínio dos fatos descartou a barbárie e as veleidades injustas, enquanto o domínio da verdade abandonou o mundo do além e sua força arbitrária, de modo que a verdadeira reconciliação, que revela o Estado como imagem e realidade da razão, tornou-se objetiva" (*Philosophy of Right*, parágrafo 360).

O PAPEL SOCIAL E OS LIMITES DO CONHECIMENTO MODERNO

Na modernidade, o homem concorda em seguir, sem hesitar, pelo caminho em que for conduzido pelo conhecimento. O conhecimento torna possíveis tanto o bem quanto o mal. Antes de passar a conhecer – como vemos no relato bíblico da queda do Jardim do Éden –, a humanidade não podia fazer nem o bem nem o mal.

> O que [a queda] realmente significa é que a humanidade elevou-se ao conhecimento do bem e do mal; e esse conhecimento, essa distinção, constitui a fonte do próprio mal. O ser mau situa-se no ato de reconhecimento, na consciência (*Lectures on the Philosophy of Religion* [Lições sobre a filosofia da religião]), III: 301).

Só podemos conhecer o pecado através do conhecimento; portanto, só podemos conhecer a verdadeira salvação através do conhecimento. Esse conhecimento não deve ser negativo, nem uma percepção daquilo que não conhecemos, ou da realidade intransponível do mistério, mas sim a confiança plena na consumação do Espírito Absoluto, ou a chegada àquela etapa em que desfrutamos de autoconfiança e capacidade de reflexão plenas.

Por outro lado, o contrato social e a defesa da soberania hobbesianos constroem-se através do conhecimento de nossa fragilidade; o soberano torna possíveis as condições nas quais nossa busca do bem-estar equivale a nossa busca da "felicidade". Em última instância, buscamos a felicidade através do mercado protegido pelo direito civil e criminal. Por trás do direito encontra-se o poder absoluto que é necessário para *nos salvar de nossa fraqueza e da morte*. Como, porém, seremos legitimados a *viver*?

Hegel é claro: devemos criar um conhecimento capaz de reconhecer nossa totalidade social.

De que modo, porém, se faz possível essa representação total? Hegel volta-se para o desejo na base da religião, perguntando-se ao que irá assemelhar-se a nossa ciência – na verdade, a totalidade de nossa(s) ciência(s) – se convertermos o espírito da religião – Deus – em um espírito que impregna este mundo? Se, em vez de sonhar o sonho religioso da escatologia do Juízo Final, um observador todo-poderoso que adquirisse o conhecimento pleno de nossas fraquezas e projetos humanos – o Deus que está acima deste mundo –, convertêssemos a idéia do que é certo e errado, justo e injusto, presente e futuro, imanente e transcendente, em subconceitos de um conhecimento humano da totalidade da existência humana. Contudo, ainda que criássemos um entendimento filosófico que funcionasse desse modo, o que iria garantir a efetiva coincidência da totalidade do que acontece, da história, do conhecimento humano e de nossa conquista da "verdadeira" felicidade existencial?

Nada além, talvez, do desejo de acreditar no projeto da modernidade. Em certo sentido, Hegel está dizendo que todos os esforços da tradição medieval estavam certos, mas que o objetivo estava errado. A teologia cristã estava certa desde que a interpretemos não como a busca de um Deus transcendental e imaginário, mas sim do próprio homem, vivo em seu mundo real. O problema fundamental é a incapacidade de o homem encontrar-se neste mundo; sua alienação da existência. O objetivo da filosofia não deve ser o conhecimento particular, mas o conhecimento da totalidade – em suma, o estado de completa sabedoria[34].

A DIALÉTICA DA MODERNIDADE: AÇÃO, ESPERANÇA E DESTRUIÇÃO

O avanço do conhecimento serve de modelo para o desenvolvimento social. Portanto, Hegel nos assegura que podemos tomar a ciência como nosso modelo. O erro da tradição medieval – uma tradição na qual a religião definia o que era racional, real e verdadeiro – converteu-se na verdade de hoje. Da mesma maneira, na esfera do ético só podemos julgar o verdadeiramente justo no fim da história[35]. O mal pode transformar-se no bem e o pecado pode ser perdoado, pois, se for bem-sucedido, irá tornar-se a nova ordem, irá converter-se no real, no racional, na estrutura do bem. O bem futuro é sempre alguma coisa que transcende a estrutura do bem do presente. A revolução deve ser sempre temida, mas é também a portadora do bem (futuro).

---

34. Não precisamos nos debruçar sobre os textos complicados e freqüentemente obscuros nos quais Hegel tenta desenvolver essas idéias. É suficiente dizer que Hegel chama nossa atenção para características diversas – e talvez paradoxais – do impulso para o conhecimento total; especificamente: (i) as origens irracionais da razão, ou as origens injustas do justo; (ii) a dialética da destruição e construção: todas as épocas são a dialética do desejo de liberdade e o terrorismo da destruição do presente; a inevitabilidade da relação amigo–outro nas questões humanas. O outro – o inimigo, o erro, o imprevisto, ainda-por-ser – é o oposto do mesmo – o amigo, a conformação, a repetição, o redescoberto, o similar; (iv) a pergunta constante: como vamos conceber a totalidade da existência? O fundamental é a apresentação de Deus como ele é em seu ser eterno antes da criação da natureza e como um espírito infinito. Contudo, se a base da busca do conhecimento era a irracionalidade do mito, transformado em fé em Deus, então a trajetória do conhecimento moderno é a fé no alcance absoluto da soma do(s) conhecimento(s) do homem. E isso é perigoso, pois o que aconteceria se viéssemos a perder essa fé – como muitos afirmariam que é o que nos mostra a condição pós-moderna? Surge, então, a ameaça do niilismo. Se perdermos nossa fé na possibilidade de a humanidade chegar ao conhecimento pleno da eternidade, por que então acreditar em qualquer coisa? Que dizer, então, do projeto de construcionismo social? Pois, como Hegel o definiu, o objetivo da política, da literatura e da luta é a criação e a reprodução de uma ordem normativa estável que facilite a universalização da individualidade social – um individualismo ético que deve a verdade de sua (legítima) existência a sua particularidade indivisível de um todo social. Um todo cuja legitimidade funda-se sobre a garantia do conhecimento total. Em outras palavras, para Hegel o que impede o niilismo não é o fato de que Deus continua a existir, mas que nós, humanos, não seremos afetados pela morte de Deus, uma vez que o homem sempre desejou ser Deus. E o direito moderno será o instrumento através do qual a criação de Deus irá transformar-se no império do direito (humano). Mas isto deve – absolutamente deve – ser preservado da imaginação institucional da mera positividade; devemos acreditar no sonho da totalidade ética – no direito que se torna puro e na existência de "respostas certas" às questões jurídicas e éticas.

35. Uma vez que tudo que é real é racional, e tudo que existe é natural, então tudo que existe é bom porquanto existe. Toda ação deve, por sua própria natureza, perturbar o que tem existência corrente; desse modo, deve contrariar o bem do presente. Nesse sentido, portanto, toda ação é má ou pecadora (para usarmos uma linguagem cristã).

Os críticos assinalam a falta de qualquer encorajamento, da parte de Hegel, de um amplo debate público sobre o funcionamento do Estado. Uma vez que se exige que o Estado siga a razão, a mera opinião popular equivale a um desvio do que realmente interessa. Enquanto a liberdade de expressão estiver assegurada, o fato de que a Constituição é racional, o governo é estável e as discussões políticas são tornadas públicas é tomado como garantia de que o Estado se preocupa com o interesse público e que, desse modo, o que os cidadãos dizem não tem muita importância (ver *Philosophy of Right*, parágrafo 319).

Como pode o cidadão comum ter certeza de que o Estado é, de fato, racional, e que, ao concordar com a ordem jurídica, ele está "desejando o universal à luz do universal", e não sendo enganado ao concordar com leis cujo único objetivo é a promoção de interesses pessoais? Ainda que ele possa acompanhar as discussões políticas, sua confiança na racionalidade de todo o sistema repousa em bases não-racionais. A religião e o patriotismo servem de bases reais.

> A garantia da Constituição (...) encontra-se no espírito de todo o povo, isto é, no modo determinado (diferenciado e estruturado) em que este tem a autoconsciência de sua razão. A religião é essa consciência em sua substancialidade absoluta (*Encyclopedia*, parágrafo 540).
>
> O sentimento político, o patriotismo puro e simples, é como uma convicção que tem por base a verdade (...) e uma vontade que se tornou habitual. (...) em geral, a confiança (...) ou a consciência de que meu interesse está contido e preservado no interesse e na finalidade do Estado (*Philosophy of Right*, parágrafo 268).

Como, porém, podemos estar convencidos de que essa consciência mais profunda – essa proteção contra a mera opinião popular – é comum, racional e capaz de fornecer uma base real? O que impede que seja apenas outro interesse particular mascarado de universal? O que impede que o populacho se submeta fielmente a leis que provêm de um estado de (in)consciência meramente habitual? Em última análise, o esquema de Hegel não oferece garantias contra a falsa consciência. O cidadão não tem como saber se o Estado é realmente racional; pode apenas confiar em tal racionalidade[36].

36. Os liberais afirmam que a filosofia de Hegel leva a um Estado que é um todo único e orgânico e pretende comportar-se racionalmente e ordenar todas as coisas racionalmente, mas que não pode permitir a operação do empreendimento, da iniciativa, excentricidade ou dissensão individuais, coisas que se oporiam continuamente ao planejamento racional. Torna-se intolerante à iniciativa individual e, desse modo, de configuração totalitária – o oposto da liberdade (individual). Hegel não se opunha à liberdade individual, mas sua concepção da liberdade era diferente da concepção liberal. Consideremos a idéia de liberdade na esfera econômica, no mercado. A concepção liberal defende a liberdade no sentido de o povo poder agir como lhe parece melhor, seguindo suas preferências. A escolha de programas a assistir ou de conceitos de obscenidade, por exemplo, são questões de preferência. O indivíduo é livre quando não o impedem de ver o que deseja. Isso é tudo que o economista liberal precisa saber para decidir se alguém é livre. Para os seguidores do legado hegeliano, porém, trata-se de uma concepção simplista da liberdade; eles querem saber por que prefiro ver x e não y, por que desejo comprar certos produtos e não outros. Talvez pensem que estou sendo manipulado, que minhas preferências, em vez de serem "minhas mesmo", são o resultado de campanhas publicitárias, de outras pessoas que formam minha opinião. Torno-me um escravo da moda. E, se fui manipulado, não sou livre. Para saber que sou livre, a partir dessa perspectiva, é preciso saber não apenas que posso fazer o que preferir, mas por que motivo prefiro o que faço. Minhas preferências são racionais?

Para Hegel, a liberdade seria mais do que a capacidade de satisfazer meus desejos e caprichos, de satisfazer desejos que outros me induziram a ter para que possam me vender alguma coisa. A liberdade consistirá em minha realização enquanto indivíduo racional.

Contudo, quem poderá saber quais são as necessidades reais, e quando o desejo é verdadeiramente conhecido? Será possível superar o abismo entre razão e desejo, ou entre moralidade e interesse pessoal? Poderemos construir uma síntese social que nos permita criar uma sociedade harmônica na qual as divisões da natureza humana possam conciliar-se? O liberal prefere dizer que não, que a imagem toda é suspeita.

CONCLUSÃO: HEGEL E O SONHO DE UMA MODERNIDADE PLENA

Hegel oferece um sonho filosófico em que o objetivo da liberdade moderna consiste em alcançar um estado de total conhecimento e reconciliação das tensões humanas. O direito é, ao mesmo tempo, o veículo de construção social – a estruturação da solução de conflitos – e o artefato por meio do qual a humanidade da racionalidade moderna se expressa. Por conseqüência, Hegel nos adverte de que se a lei perdesse seu sentido e passasse a ser visto como nada além de um instrumento vazio, a era moderna perderia seu espírito. A modernidade precisa levar em consideração não apenas os seus objetivos, mas também os seus meios. Se o direito é o instrumento do poder – como no legado de Hobbes –, o que irá desejar o poder? De que serve o contrato? A mera sobrevivência não é o bastante, e precisamos transcender a possibilidade da individualidade desmedida.

Nessa narrativa, a história é a luta da racionalidade humana intersubjetiva – atos da vontade humana – no sentido de se criar um todo social: a totalidade do *Geist*, a mente. A história é o progresso da consciência humana à medida que esta trava as lutas dialéticas de seu tempo. A Constituição moderna é ao mesmo tempo jurídica e não-jurídica. A constituição da entidade social moderna repousa sobre a estrutura do direito, mas o direito é a mediação, o ato de pôr em relação as subjetividades dos seres humanos concretos. E, à medida que a modernidade se desenvolve, perde qualquer abonador transcendental – Deus desaparece e passa a ser substituído pelo desejo humano. A não ser a racionalidade humana, não pode haver absolutamente nada a fundamentar o "direito natural". Os efeitos são dramáticos – o que, por exemplo, assegura que o Estado justo pode ser alcançado? Como poderíamos estar certos de conseguir reconhecê-lo como tal? O homem moderno perde a capacidade de transcender o imanente na busca da pureza do puro ou naturalmente "justo", em referência ao qual deseja livrar o direito daquilo que considera injusto. Pouco surpreende que o positivismo jurídico passasse a dominar o pensamento da teoria jurídica a partir de meados do século XIX, uma vez que, com

a modernidade, todo direito que se postula como direito torna-se real, torna-se direito propriamente dito. Quando a consciência jurídica – em sua crítica do direito natural – torna-se uma forma incipiente de positivismo jurídico, a capacidade de distinguir o direito justo do injusto não é inerente à capacidade de reconhecer o direito, mas passa para a esfera da capacidade de dizer o que o direito deve (vir a) ser. Isso, porém, pode significar que, com a modernidade, o direito é apenas um instrumento do poder; ou, em termos nietzschianos, quando Deus desaparece, quando perdemos toda idéia teleológica, a questão da justiça transforma-se numa batalha entre diferentes vontades de poder. A vontade de inscrever na positividade do direito as "obrigações morais" que nos são apresentadas pelos intelectuais – aqueles que criam e controlam as idéias da filosofia do direito. O direito torna-se, então, o instrumento dos sonhos? Nos sonhos do profeta filosófico, seremos nós – os sujeitos dos intelectuais da modernidade – instados a criar a partir de imagens de potencialidade?

Quando o direito natural desaparece, a lei não pode mais ser interpretada como uma declaração da natureza sobre o que deveria ser; pode apenas estipular o que a natureza deveria ser. O direito pode moldar nossa natureza, nosso mundo social e nosso ser socialmente construído, mas o moderno torna-se uma contingência.

As perguntas clássicas: quem sou? o que sou? voltam a ser feitas. Porém, se a natureza não nos enredar em suas leis, essas perguntas se transformam em "quem devo tornar-me?" e "em que devo converter-me?". Na concepção clássica de Platão e Aristóteles, o direito deveria permitir que consumássemos nossos papéis e objetivos naturais até que, ao fim e ao cabo, morrêssemos honradamente. Por sua vez, Hobbes associou o direito ao medo; o medo da destruição. Agora, Hegel pede que nos livremos do medo que subjaz ao liberalismo para podermos vir a ser; devemos nos associar ao movimento espiritual da história do mundo. Devemos sonhar com a grandeza de nossa própria razão e, ao vivê-la, engrandecer nossa dimensão humana. Ou, em termos mais hegelianos, devemos opor, dialeticamente, o pesadelo individualista ao sonho da unidade plena. Devemos acreditar que a única razão pela qual o medo do caos social existe em nós é o fato de podermos sonhar o sonho da totalidade de uma modernidade expressiva na qual nos tornamos o que sonhamos ser para podermos, então, conhecer aquilo em que nos convertemos. Teremos, assim, um estilo de vida que expressa a verdade de nossa natureza livre, porém comunitária, naquela cidade que a *eticidade* do direito tornou possível.

Capítulo 8

Adam Smith, Jeremy Bentham e John Stuart Mill:

o desenvolvimento inicial de uma base utilitarista para o direito

I. INDÚSTRIA, CAPITALISMO E A JUSTIÇA DA MÃO OCULTA DO MERCADO: A OBRA DE ADAM SMITH

O barro grosseiro de que é feita grande parte da humanidade não pode ser moldado (...) à perfeição. Poucos homens, porém, através da disciplina, da educação e do exemplo, talvez não se deixem impressionar a tal ponto, no que diz respeito às regras gerais, que não as observem em quase toda ocasião, com tolerável decência, e ao longo de toda sua vida, de modo que evite qualquer grau considerável de reprovação (Smith: *The Theory of Moral Sentiments* [Teoria dos sentimentos morais], 1976, III 5.1).

Assim como todo indivíduo (...) se empenha ao máximo tanto em empregar seu capital no cuidado dos negócios domésticos, e em dirigi-lo de tal modo que seus frutos sejam o mais valiosos possível, todo indivíduo se esforça necessariamente, por elevar ao máximo a receita anual da sociedade. Na verdade, em geral ele nem pretende promover o interesse público, nem sabe em que medida o está promovendo. (...) Tem em vista somente o seu próprio lucro, e nesse caso, como em muitos outros, uma mão invisível leva-o a lutar por um objetivo que não estava entre suas intenções (Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* [Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações], 1970: 456).

O ENTENDIMENTO DO FUNDAMENTO MORAL DA PROPOSTA DE ADAM SMITH DA MÃO OCULTA DO MERCADO

O escocês Adam Smith[1] costuma ser satirizado como a figura paterna do capitalismo *laissez-faire*. Tido como defensor do egoísmo como fio condutor das ações hu-

1. Adam Smith (1723-1790) é considerado como um dos mais influentes economistas políticos do mundo ocidental, mas na verdade ganhava a vida como filósofo moral e professor de filosofia jurídica. Nascido em Kirkcaldy, na Escócia, Smith foi para a Universidade de Glasgow em 1737, onde foi aluno de Francis Hutcheson. Estudou e trabalhou no Balliol College, em Oxford, por sete anos a partir de 1740, retornando a Kirkcaldy em seguida. Em 1748, mudou para Edimburgo, onde tornou-se um bom amigo de David Hume e lorde Kames. Foi admitido como professor de lógica na Universidade de Glasgow em 1751, mas no ano seguinte trocou a cadeira de lógica pela de filosofia moral, onde permaneceu por dez anos. Esperava-se dele que tratasse de questões de teologia natural, ética, direito e governo. A *Teoria dos sentimentos morais* foi desenvolvida a partir de seus cursos e publicada em 1759; teve seis edições até 1790. A obra foi bem recebida

manas, Smith é muito lembrado por argumentar que as relações sociais devem, em grande parte, ficar a cargo da mão oculta do mercado livre, dos resultados de incontáveis interações de indivíduos egoístas e interesseiros – as verdadeiras entidades ontológicas da (não-)sociedade. Isso não passa de uma grosseira simplificação. Embora esteja longe de ser um perfeccionista social, Smith tenta desenvolver uma teoria empiricamente baseada em seu modo de entender a condição humana, que une o interesse individual ao interesse social de modo que gere o desenvolvimento de uma perspectiva de progresso marcada pela orientação política.

Smith é famoso por duas obras: *The Theory of Moral Sentiments* [Teoria dos sentimentos morais] ([1759] 1976) e *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* [Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações] ([1776] 1970). Na primeira, que se funda sobre o conceito de solidariedade como faculdade humana geral, a idéia do "espectador imparcial" oferece um mecanismo para se avaliar a justiça das transações. Enquanto essa obra parecia oferecer uma análise daquilo que sancionava os vínculos sociais, *A riqueza das nações*, com suas idéias-chave sobre a divisão do trabalho e a natureza egoísta do ser humano, parecia enfatizar uma preocupação contrastante, isto é, o modo como uma sociedade pode tornar-se rica em termos de bens de consumo[2].

O crescimento econômico só é possível quando algumas pessoas em uma sociedade possuem um suprimento de matérias-primas ou de bens manufaturados maior do que o necessário para satisfazer suas necessidades imediatas; esse estoque excedente oferece a oportunidade de comércio entre pessoas com graus variáveis de necessidades. Uma pessoa começará a especializar-se na produção de um certo produto quando a demanda deste for grande o bastante para assegurar ao produtor que suas outras necessidades podem ser supridas em troca da produção desse produto. Inicia-se uma divisão do trabalho que irá se desenvolver até que alguns trabalhadores só estejam produzindo uma parte muito pequena de um produto manufaturado. Essa especialização mínima aumenta a produtividade e dá início à produção em massa.

na Inglaterra (ver comentários feitos por David Hume em carta a Smith, citados em Raphael, 1985: 16-7), e levou o padrasto do jovem duque de Buccleuch a convidar Smith para ser tutor deste, prometendo-lhe uma pensão vitalícia. Smith renunciou a seu cargo de professor em Glasgow para assumir esse novo posto, que exigia que viajasse pela Europa durante dois anos. Quando deixou de ser tutor do duque, Smith voltou para Kirkcaldy e ali, recluso, passou dez anos escrevendo *A riqueza das nações*, obra que, publicada em 1776, constitui a base de sua permanente reputação.

2. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações* mistura uma descrição das reais condições da manufatura e do comércio na época de Smith, e uma história da economia européia, com recomendações políticas. Smith é extremamente crítico do mercantilismo, com sua crença em que dinheiro é riqueza, e que a melhor política econômica para um país é a retenção, dentro de suas fronteiras, do máximo possível de ouro e prata. Ao contrário, ele define a riqueza em termos de bens de consumo, e considera como país mais rico aquele que ou produz ele próprio, ou pode importar de outros, a maior quantidade possível de bens de consumo.

O interesse pessoal é o motivo dominante por trás da atividade econômica. "Todo indivíduo empenha-se continuamente por encontrar o emprego mais vantajoso para qualquer capital de que disponha." O capital é empregado com maior vantagem na produção e venda de bens que satisfaçam as maiores necessidades de um povo. O capitalista é involuntariamente levado a trabalhar para satisfazer essas necessidades sociais, pois, ainda que busque o próprio lucro, contribui para o bem-estar geral: "uma mão invisível leva-o a lutar por um objetivo que não estava entre suas intenções". O bem-estar geral – avaliado como o aumento dos bens de consumo e, desse modo, como a satisfação pelo seu uso – será mais bem atendido ao se permitir que cada pessoa persiga seus próprios interesses.

A imagem de Smith da mão oculta do mercado não é um fenômeno associal. Smith adota uma teoria da interação humana e um papel para o direito que estabelece as condições para que a economia de *A riqueza das nações* funcione. Ele já havia especificado esses fatores na *Teoria dos sentimentos morais*. A busca implacável da satisfação do interesse pessoal (ou do amor-próprio, como na verdade Smith o chamava) é controlada pelos mesmos fatores que nos oferecem solidariedade social; em particular, Smith depura a noção de solidariedade que, como indicara David Hume, constituía a base da psicologia moral[3]. Todos nós compartilhamos "um sentimento comum que nos liga a todo homem simplesmente porque ele é nosso semelhante" (1976: 90). O desejo egoísta não é o motivo dominante da ação: aquilo que podemos chamar de egoísmo é na verdade diferenciado por Smith como a forma de amor-próprio que resulta em dano ou descaso para com os demais. Os seres humanos são criaturas voltadas para os próprios interesses; como Smith deixa claro na *Teoria dos sentimentos morais* (VII ii 3.16, 1976: 304), toda virtude implica uma "louvável" atenção por "nossa felicidade e interesse pessoais", mas essa atenção é atenuada pela solidariedade[4]. É este o conceito-chave para Smith. Como funciona?

3. Muitos críticos consideram que os dois livros nos conduzem por duas direções opostas: a filosofia jurídica da *Teoria dos sentimentos morais* enfatiza o papel da dependência recíproca como se esta fosse a força aglutinadora da solidariedade social, enquanto a *Riqueza das nações* parece enfatizar a ação individualista e o interesse pessoal como motores da interação social e do desenvolvimento social. Alguns críticos, como H. T. Buckle, no século XIX, reconciliaram ambas as posições ao afirmarem que Smith estava lidando com dois aspectos da natureza humana: o solidário e o egoísta. Outros afirmaram que o Adam Smith da *Teoria dos sentimentos morais* era um idealista, enquanto o da *Riqueza das nações* revela uma tendência mais realista. Os críticos exageraram a diferença entre os dois textos. Ambos apresentam um relato sociológico ou empírico de características que, para Smith, estruturavam a condição humana. Na *Teoria dos sentimentos morais*, nossa imaginação e solidariedade são os mecanismos funcionais da socialização, enquanto na *Riqueza das nações* a crescente divisão do trabalho leva à dependência mútua.

4. A maior parte da *Teoria dos sentimentos morais* é uma exposição de psicologia moral. Smith fundamenta sua exposição da filosofia moral numa discussão da natureza humana ou da psicologia empírica. O conceito-chave de sua psicologia moral é a solidariedade, nosso sentimento solidário diante de demonstrações de ira ou afeição de uma outra pessoa: "Seja qual for o sentimento provocado por qualquer objeto na pessoa em questão, no íntimo de qualquer espectador atento surge uma emoção *análoga* diante da situação dela."

O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA DE SOLIDARIEDADE

A solidariedade não é nem a apreensão absoluta e intuitiva do que é justo (como se proposta por uma concepção divina da essência da natureza humana), nem emotividade subjetiva; ao contrário, trata-se de um conceito que remete à reconstrução racional a que Smith submete nosso interesse inteligente e reflexivo, tendo em vista a compreensão dos sentimentos que experimentamos ao nos engajarmos nas relações sociais. Solidariedade é a capacidade natural que uma pessoa tem de participar (em sua imaginação) dos sentimentos dos outros. Por exemplo, freqüentemente compartilhamos da alegria ou tristeza dos competidores em um evento esportivo, ou ficamos contrariados com o sofrimento de uma outra pessoa; ao fazê-lo, experimentamos prazer ou dor semelhantes ao que o outro sentiu. As emoções que sentimos enquanto espectadores não é igual ao(s) sentimento(s) da(s) pessoa(s) diretamente envolvida(s), mas em nossa condição de espectadores podemos comparar nossas próprias reações (solidárias) a uma determinada situação com os sentimentos daqueles diretamente envolvidos. Podemos achar que há uma "perfeita coincidência" entre nossa reação solidária e o sentimento original da pessoa em questão; se assim for, sugere Smith, então aceitamos com aprovação os sentimentos do participante[5], julgando-os certos e apropriados:

> (...) no sentimento de aprovação há duas coisas a assinalar; primeiro, a paixão* solidária do espectador, e, segundo, a emoção que nele surge ao observar a perfeita coincidência entre a paixão solidária em si própria e a paixão original na pessoa diretamente envolvida. Esta última emoção, em que consiste propriamente o sentimento de aprovação, é sempre agradável e prazerosa. A outra pode ser agradável ou desagradável, de acordo com a natureza da paixão original.

Não se trata de mera emotividade. Sem dúvida, podemos às vezes nos deixar comover pela simples percepção de uma grande alegria ou tristeza por parte de algum estranho que se encontra em condições sobre as quais temos pouco conhecimento. Na verdade, porém, Smith está se referindo ao despertar de emoções em um campo interpretativo das experiências cotidianas. Os sentimentos solidários não provêm da simples observação de determinada emoção em outra pessoa, mas o pesar ou a alegria que testemunhamos desperta em nós sentimentos parecidos, uma vez

5. "O homem cuja solidariedade faz eco a meu sofrimento não pode senão admitir a justeza de meu pesar. Aquele que admira o mesmo poema ou o mesmo quadro, e admira-os exatamente como eu faço, deve por certo admitir o acerto de minha admiração. Aquele que ri da mesma piada, e ri comigo, não poderá negar a propriedade de meu riso. (...) Se os mesmos argumentos que te convencem também convencem a mim, aprovo necessariamente a tua convicção" (*Teoria dos sentimentos morais*, 1976: 16-7).

* A palavra "paixão" (*passion*, no original) é aqui utilizada nos sentidos de "disposição favorável", "forte inclinação emocional" etc., e não no sentido (em geral negativo) de um sentimento que paralisa a ação da razão sobre a conduta. (N. do T.)

que esses sentimentos nos sugerem uma idéia geral de algum bem ou mal que se abateu sobre a pessoa observada. Saudamos o indivíduo que venceu os 100 metros olímpicos e compartilhamos sua alegria, ou ficamos desapontados com o evidente pesar de nosso representante, que ficou aquém da marca, porque compartilhamos um certo conhecimento da natureza da proeza tentada e da emoção nela envolvida. Além do mais, podemos nos enganar quanto à causa de algumas paixões e ficar aborrecidos até compreendermos suas causas, quando então podemos mudar radicalmente de atitude. Smith argumenta que a solidariedade não provém tanto do fato de presenciarmos paixões ou emoções; sua origem remete mais a nossa observação ponderada da situação que a provocou, e Smith reforça esse ponto de vista ao observar que às vezes sentimos por outra pessoa uma afeição que ela parece ser totalmente incapaz de experimentar, como quando nos sentimos constrangidos diante do comportamento grosseiro de alguém apesar do fato de tal pessoa não se dar conta da impropriedade de seu comportamento. Assim, enquanto Smith afirma que a solidariedade é a base de nosso julgamento tanto da propriedade quanto do mérito dos sentimentos de outras pessoas quanto dos sentimentos e ações que a elas se seguem, o que está em jogo é um processo complexo. As paixões da pessoa principal só parecerão justas e apropriadas ao espectador quando estiverem em perfeita consonância com as emoções solidárias deste.

Assim como Hume, Smith acreditava que as pessoas deviam fazer-se continuamente perguntas sobre sua vida e a natureza de seus atos. Como podemos adquirir uma boa impressão de nossa própria conduta? Smith pensava que só podíamos ser imparciais se olhássemos para nosso próprio comportamento como se se tratasse do de uma outra pessoa. Desse modo, podemos julgar-nos a partir do mesmo ponto de vista utilizado para julgar os outros, e nossa aprovação ou desaprovação de nossa conduta vai depender do fato de podermos ou não nos sentir solidários com os sentimentos dos quais provêm nossas ações. A consciência, "o juiz dentro de nós", nos permite fazer uma comparação apropriada entre nossos próprios interesses e os interesses dos outros. Com sua ajuda, podemos abordar o ideal do homem de perfeita virtude, aquele que possui tanto o domínio de seus próprios sentimentos quanto sensibilidade diante dos sentimentos alheios.

As regras gerais sobre o que é apropriado na conduta humana nos oferecem diretrizes. Devidamente fundamentadas, isto é, operando a partir dos fundamentos de uma teoria jurídica natural, essas regras têm sua base no sentimento que certos tipos de comportamento evocam, e nosso próprio respeito pelas regras deve partir da correspondência entre elas e nossos próprios sentimentos ao observarmos a conduta dos outros. Smith enfatiza que as regras são generalizações provenientes de exemplos particulares nos quais a conduta despertou o sentido de adequação e mérito na humanidade. Em conseqüência, adotamos um senso de dever, ou uma razoável consideração para com essas regras gerais. O senso de dever nos dá um motivo para agir mesmo quando carecemos do sentimento apropriado para observar naturalmente a regra sempre que surge a ocasião de fazê-lo. Existem vários conjuntos

de regras em operação no âmbito da sociedade, e dentre elas as regras de justiça foram as que se desenvolveram com a máxima exatidão. Inseridas na ordem jurídica, essas regras exigem o desenvolvimento de um rigoroso senso de justiça, pois haverá muitas ocasiões em que sua utilidade não nos parecerá óbvia.

HÁ ALGUMA GARANTIA ABSOLUTA PARA A IDÉIA DE SMITH SOBRE A SOLIDARIEDADE E O ESPECTADOR IMPARCIAL?[6]

Tomados em conjunto, o conceito de solidariedade e a idéia reguladora do espectador imparcial nos fornecem tanto uma idéia sobre a base da solidariedade social quanto um mecanismo operacional para avaliarmos o senso comum ou cotidiano do acerto ou do erro de nossas ações. A idéia do espectador imparcial nos permite ser racionalmente imparciais; não é um ponto de observação perfeito. Trata-se de um mecanismo de ajuste racional, não de uma garantia metafísica. Empregando a linguagem de nossa discussão anterior de David Hume, tal mecanismo opera quando estamos inseridos nas narrativas e tradições da vida cotidiana; na linguagem de um teórico posterior, o liberal John Rawls (discutido no capítulo 14 deste livro), com essa idéia procuramos obter um "equilíbrio reflexivo". Esse resultado pragmático não era do agrado daqueles que desejavam segurança metafísica, ou que dela necessitavam. David Hume não foi aceito para a cadeira de filosofia moral na Universidade de Edimburgo, para a qual foi convidado James Balfour of Pilrig. A filosofia moral de Balfour incluía a idéia de um juiz perfeito, um "espectador ideal" ou "anjo do céu", alguém capaz de ter uma total "visão dos assuntos humanos" e de ver todos os fatos que pudessem "enfraquecer a ligação comum e perturbar a paz e a tranqüilidade do público" (1753: 73-4). O espectador imparcial de Smith não tem essas qualidades sobre-humanas:

> (...) a presente indagação não diz respeito a uma questão de direito, se assim posso dizê-lo, mas a uma questão de fato. Não estamos, no momento, verificando com base em que princípios um ser perfeito aprovaria a punição às más ações, mas sim com base em que princípios uma criatura tão frágil e imperfeita quanto o homem as aprovaria de fato (1976: 77).

Como vai ser guiado o homem? Smith dá continuidade ao argumento de Hume:

> Ainda que o homem (...) tenha naturalmente o desejo do bem-estar e da preservação da sociedade, o Autor da Natureza não encarregou sua razão de descobrir que uma certa aplicação das punições é o meio apropriado para a obtenção desse fim; dotou-a, porém, de uma imediata e instintiva aprovação daquela aplicação que é a mais apropriada para alcançá-lo (*ibid.*)

6. Para uma visão geral da teoria smithiana do espectador imparcial, ver A. L. Macfie, *The Individual in Society* (Londres, 1967), cap. 5; T. D. Campbell, *Adam Smith's Science of Morality* (Londres, 1971), cap. 6; D. D. Raphael, "The Impartial Spectator", em *Essays on Adam Smith*, A. S. Skinner e T. Wilson, orgs. (Oxford, 1975), ensaio IV.

Se existe uma garantia metafísica, trata-se da idéia de uma ordem natural que subjaz à interação humana. A base teórica de Smith encontra-se "nos inalteráveis princípios da natureza humana", passíveis de observação pela imaginação empírica, e em nossa aceitação de um "Autor onisciente da Natureza". A solidariedade é o dom do onisciente Autor da Natureza[7].

Que dizer da escatologia? O que vem substituir o Juízo Final? A idéia do espectador imparcial assegura-nos que, conquanto a solidariedade atue no sentido de assegurar o sentimento solidário e nosso desejo de louvor e de evitar a reprovação, não se trata de um mecanismo simples. Smith faz distinção entre o "homem exterior", que é influenciado pela natureza irrefletida de seus desejos – para evitar a censura e buscar a aprovação – e o "homem interior", que atua na esfera de um conjunto mais profundo de qualidades "em busca do mérito e por repulsa à reprovação". O espectador imparcial, o homem interior, pode ficar confuso devido à força e à violência dos atos e palavras do homem exterior; a crise existencial está na ruptura e no conflito decorrente. Para Smith, a tensão existencial só pode ser resolvida pelo recurso à nossa convicção em uma universalidade subjacente à condição humana; contudo, se fôssemos reduzir essa convicção à fé em um Deus que conciliasse todas as coisas e providenciasse uma justiça perfeita no mundo por vir, estaríamos colocando uma arma ideológica poderosa nas mãos daqueles que afirmam conhecer a vontade divina. Estaria em jogo nosso entendimento da condição empírica da humanidade, e não um apelo ao poder de um juiz supremo e a um sistema de certo ou errado para além de nossa interpretação dos atos empíricos e das ações humanas[8].

O PAPEL DO DIREITO POSITIVO E DA PUNIÇÃO COMO GARANTIAS DA SOCIEDADE "COMERCIAL" MODERNA

Na *Teoria dos sentimentos morais*, Adam Smith adotou a idéia de um jogo ou uma corrida como sua metáfora da vida social. A vida é um jogo competitivo no qual os participantes lutam pelo sucesso e recriminam aqueles que infringem as regras para obtê-lo:

7. Portanto, o onisciente Criador da Natureza ensinou o homem a respeitar os sentimentos e as opiniões de seus irmãos; a ficar mais ou menos satisfeito quando eles aprovam sua conduta, e mais ou menos descontente quando a desaprovam. Fez do homem... o juiz imediato da humanidade; e, a esse respeito, criou-o à sua própria imagem e colocou-o como vice-regente do mundo, para supervisionar o comportamento de seus irmãos. A natureza lhes ensina a reconhecer esse poder e essa jurisdição" (1976: 128-30).

8. Em um trecho admirável (1976: 131-2), Smith delineia a imagem do Deus justo que irá remediar os sofrimentos deste mundo no próximo. Ao mesmo tempo que reconhece o apelo retórico de tal figura, Smith mostra-se grato por ela ter sido freqüentemente "exposta ao escárnio dos trocistas", uma vez que se mostra quase sempre em desacordo com o padrão de recompensas aceito por nossos sentimentos morais naturais.

> Na corrida por riqueza, honrarias e promoções, ele pode correr o máximo possível, levando além do limite cada nervo e músculo para superar todos os seus concorrentes. Contudo, se empurrar ou derrubar qualquer um deles, a indulgência dos espectadores chegará imediatamente ao fim. Trata-se de uma violação do jogo limpo que eles não podem admitir (1976: 83).

A população "solidariza-se (...) prontamente com o ressentimento natural do que foi prejudicado, e o agressor torna-se objeto de seu ódio e indignação". Desse modo, o teste é a reação crítica do espectador, que é um artifício para racionalizar as reações empíricas naturais das pessoas comuns diante de quem infringe as regras e procura obter vantagens desonestas. Contudo, o conhecimento e o medo das reações críticas dos outros não serão, por si próprios, suficientes para coibir tal comportamento. É um processo que deve ser reforçado pelas sanções. Existem três tipos de sanções:

(i) os atos injustos normalmente produzem remorso da parte do agressor: esse sentimento "horrível" é "constituído pela vergonha decorrente do sentimento de impropriedade; pelo pesar provocado por suas conseqüências; por pena dos que sofrem, e pelo medo e horror da punição que provém da consciência do ressentimento justamente provocado em todos os seres racionais" (1976: 85);

(ii) Smith acredita que todos os homens têm uma tendência natural a "abominar a fraude, a perfídia e a injustiça, e a aprazer-se em vê-las punidas";

(iii) o agressor terá medo do julgamento a que será submetido na vida após a morte. Entende que terá de enfrentar um Juízo Final que punirá os maus e recompensará os justos (1976: 91);

(iv) as sanções provêm de um sistema operacional de direito positivo que as aplica por instâncias de governo e magistratura. Em última análise, seja qual for nosso discurso sobre as origens sociais da solidariedade e solicitude do ser humano, em termos realistas, no contexto da sociedade "comercial" não há como fugir ao imperativo hobbesiano:
Como a violação da justiça é algo a que os homens nunca irão submeter-se entre si, é necessário que o magistrado público empregue o poder de Estado para exigir a prática dessa virtude. Sem essa precaução, a sociedade civil converter-se-ia num cenário de matança e desordem, com cada homem vingando-se com as próprias mãos sempre que se imaginasse injustiçado (1976: 340).

Smith, porém, não acredita que o Estado deva simplesmente estipular um conjunto de regras do jogo e tratar a justiça como uma questão de seu cumprimento imparcial; tem plena consciência da natureza injusta da organização social. Enquanto é preciso proteger a propriedade – o que está na base mesma da segurança –, *a realidade da administração social é geralmente a injustiça social.*

> O governo civil, na medida em que é estabelecido tendo em vista a segurança da propriedade, é de fato instituído para a defesa dos ricos contra os pobres, ou daqueles que têm alguma propriedade contra os que não têm absolutamente nenhuma (*A riqueza das nações*: 715).

O sistema do direito positivo – com uma administração regida, ela própria, por outras regras – deve empenhar-se por atuar em sintonia com as "regras de justiça natural". O direito positivo pode muito facilmente converter-se no "interesse de classes particulares de homens que tiranizam o governo [e] desfiguram as leis positivas do país, distanciando-as do que seria prescrito pela justiça natural". Como, porém, poderemos ter certeza – sobretudo se abrirmos mão das idéias da tradição expressiva (por exemplo, as de Rousseau ou Hegel) – de que o direito positivo reflete a "justiça natural"?

II. JEREMY BENTHAM (1748-1832) E AS ORIGENS DA FILOSOFIA JURÍDICA UTILITARISTA MODERNA

A UTILIDADE PROPOSTA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DE UMA NOVA CIÊNCIA DA MORAL

Bentham[9] admite que o progresso das luzes deve ser encontrado mediante o desenvolvimento de um modo de pensar estritamente empírico, em oposição ao modo

9. Filho mais velho de um próspero advogado e negociante de imóveis, Jeremy Bentham nasceu em Londres em 1748, e sobreviveu à morte de cinco irmãos ainda crianças e à de sua mãe quando estava com onze anos de idade. Criança prodígio, aos doze anos Bentham entrou para o Queen's College, em Oxford, bacharelando-se em humanidades em 1763. Seu pai queria-o advogado, e Bentham entrou para o Lincoln's Inn*, mas voltou para Oxford para assistir às aulas de direito dadas por sir William Blackstone. Bentham conta que, mal iniciado o curso, "detectou imediatamente a falácia de Blackstone a respeito dos direitos naturais". Bentham acreditava que não podia existir base alguma para uma teoria dos "direitos naturais" que era, na verdade, um absurdo teórico – um absurdo grandiloqüente. Tornou-se mestre em ciências humanas em 1766 e voltou novamente para Londres; ali, chocado com a natureza nada profissional de boa parte da profissão jurídica, desistiu da idéia de ser advogado. Dedicou sua vida a escrever e propor transformações sociais na linha da filosofia utilitarista.

Apesar de ser sobretudo um reformador social e político, Bentham também se preocupava em preservar a sociedade inglesa contra a devastação provocada pelo fervor revolucionário que varrera a França com conseqüências tão dramáticas. Bentham pertencia à tradição de empiristas como John Locke e David Hume (cujo *Tratado sobre a natureza humana* o impressionara tanto que, dizia, lhe abrira os olhos para as verdades relativas à filosofia moral). Seu primeiro livro, *Fragment on Government* [Um fragmento sobre o governo], de 1776, era um ataque a Blackstone e continha um ponto de vista contrário à Declaration of Independence [Declaração de Independência] norte-americana, que também fora conhecida naquele ano. Bentham argumentava que esse documento era uma mistura confusa e absurda de palavras com as quais os autores admitiam os

* Uma das Inns of Court, escolas de direito em Londres. (N. do T.)

hipotético ou expressivo. Hume e Smith forneceram as idéias centrais de interesse pessoal, solidariedade e história natural. A busca é a da chave da história natural que possa explicar, tanto em termos descritivos quanto prescritivos, as mudanças no direito, na opinião moral e no governo. É preciso ler por trás dos fenômenos superficiais dos motivos e interações historicamente particulares, bem como dos vínculos que mantêm as relações humanas, para poder ver a realidade dos imperativos do interesse, do trabalho e do individualismo. A questão básica do progresso social era a busca de justiça; mas onde se poderia encontrar o padrão que servisse de base para a tecnologia da justiça? A solução encontrada por Bentham foi o utilitarismo.

O utilitarismo de Bentham é uma tentativa de criar uma ciência objetiva da sociedade e da política que fosse tão livre da subjetividade humana quanto ele esperava que nosso destino pudesse estar livre das contingências da religião e do acidente histórico[10]. O princípio de utilidade é um dom da natureza; a própria natureza fornece o ponto arquimediano em que interesse e razão se combinam. Em *The Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [Introdução aos princípios de moral e legislação], impresso pelo próprio autor em 1780 e publicado em 1789, Bentham uniu psicologia, ética e jurisprudência às linhas clássicas que o filósofo francês Helvétius havia sugerido[11], isto é, o governo do ser humano pelos ditames do prazer e da

"direitos naturais" do homem, que pretendiam provar. O *Fragmento* foi bem recebido enquanto se pensou que fora escrito por um jurista de renome, mas, quando se soube tratar-se de obra de um jovem de muito pouca experiência, foi ignorado. A idéia de que a razão era ignorada pelo *establishment* britânico seria uma característica dominante na vida de Bentham (junto com seu amor pelos gatos! Ele chegou a pedir desculpas aos gatos por tê-los rebaixado ao compará-los aos políticos ingleses). O projeto de toda sua vida consistiu em construir uma nova série de prisões de arquitetura revolucionária – o Panóptico – que, pensava ele, iria enriquecê-lo e criar a base institucional para uma nova sociedade. Entre seus textos posteriores encontram-se *A Defense of Usury* [Defesa da usura] (1787), sua famosa *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [Introdução aos princípios da moral e da legislação] (1789), *A Plea for the Constitution* [Um apelo à Constituição] (1803) e *Catechism of Parliamentary Reform* [Catecismo da reforma parlamentar] (1809). Bentham tornou-se uma personalidade pública influente, e seu grupo fundou a Universidade de Londres; morreu em 1832, aos 84 anos de idade.

10. Não se pode afirmar com certeza até que ponto o utilitarismo extrai sua força da classe média emergente do capitalismo do século XVIII. Para o marxista Trotsky, o utilitarismo surgiu como parte dos fatores ideológicos que passam uma imagem de coesão social quando o que existe é conflito. "O evolucionismo burguês se detém, impotente, no limiar da sociedade histórica, porque não deseja reconhecer a força motriz da evolução das formas sociais: a luta de classes. A moralidade é uma das funções ideológicas dessa luta. A classe dominante impõe seus objetivos à sociedade e a habitua a considerar imorais todos os objetivos que se contrapõem aos seus. É esta a principal função da moralidade oficial, que persegue a idéia da "maior felicidade possível" não para a maioria, mas para uma minoria pequena e cada vez menor. Tal regime não poderia durar nem uma semana através do uso exclusivo da força; precisa do cimento da moralidade. A produção desse cimento constitui a profissão dos teóricos e moralistas pequeno-burgueses. Eles irradiam todas as cores do arco-íris, mas em última análise continuam sendo apóstolos da escravidão e da submissão" (Leon Trotsky, *Their Morals and Ours: The Moralists and Sycophants against Marxism* [A moral deles e a nossa: moralistas e sicofantas contra o marxismo], Union Books [1939] 1994: 8).

11. Com sua obra *De l'Esprit* (1758), Helvétius é por muitos considerado como o criador da psicologia que Bentham viria a desenvolver. Com Helvétius, a salvação torna-se plenamente secularizada. Ele constrói uma imagem perfeccionista da sociedade a partir de uma antropologia que priva os seres humanos de uma

dor*. Enquanto outros estudiosos argumentariam que isso reduzia a complexidade dos seres humanos a um complexo comportamental "desumano"[12], Bentham achava que essas duas características forneciam não só o padrão necessário a uma filosofia jurídica "censória" (isto é, crítica), mas também um modelo das causas do comportamento humano que o legislador hábil poderia controlar e usar para dirigir o comportamento social[13].

> A natureza colocou a humanidade sob o domínio de dois senhores soberanos, a dor e o prazer. Só a eles compete indicar o que devemos fazer, assim como determinar o que faremos. A seu trono estão atrelados, por um lado, o critério que diferencia o certo do errado, e, por outro, a cadeia das causas e dos efeitos (Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [Uma introdução aos princípios da moral e da legislação], cap. 1; texto utilizado: *Penguin Classics*, 1987: 65).

A utilidade impregna as ficções e teorias sobre os direitos naturais, aquelas afirmações de Blackstone que na opinião de Bentham se reduziam a um "absurdo sobre pernas de pau"[14]. Bem compreendido, o *Treatise on Human Nature* [Tratado

ontologia moral básica: os homens não são nem bons nem maus; são apenas um conjunto de impulsos, instintos e motivações. O impulso mais forte é o desejo de poder, que para Helvétius é produto de um desejo mais básico, o de prazer. Assim mostrada, a natureza humana fornece ao cientista material para criar uma sociedade bem ordenada. Ao influenciar a operação dos desejos e apetites, o legislador pode criar harmonia, ordem, felicidade e uma interação social bem equilibrada. O jurista torna-se um "legislador-analista". Como o homem não tem um estado ontológico natural de "graça" ou moralidade natural, a ordem social e individual e, desse modo, a felicidade social e individual, tornam-se uma questão de organizar racionalmente as peças, os impulsos e as influências da maneira correta, ou socialmente mais eficaz.

* O termo original (*pain*) será aqui traduzido como "dor", quase sempre com o sentido de "sofrimento moral". (N. do T.)

12. Para citar o teórico social judeu Voegelin (1975: 69-70), a ordem é agora vista como algo "estreitamente associado à (...) instrumentalização do homem. Este não é mais uma entidade que tem seu centro existencial em si mesmo; tornou-se um mecanismo de prazer, dor e paixões que pode ser aproveitado por outro homem, o "legislador", tendo em vista seus próprios fins... Somente quando se destrói o centro espiritual do homem, através do qual ele se abre ao *realissimum* transcendental, é que o legislador pode usar a massa desordenada das paixões como um instrumento.

13. Bentham não descobriu o princípio de utilidade, e muito embora não precisemos chegar a ponto de citar a avaliação de Marx (para quem Bentham era um homem de mentalidade "tacanha" que se "pavoneava, cheio de afetação", e concluiu que "o princípio de utilidade não foi descoberto por Bentham. Ele simplesmente reproduziu, a seu modo obtuso, o que Helvétius e outros franceses haviam afirmado com *esprit* no século XVIII"), a idéia de sua importância que alguns grupos ainda defendem na Inglaterra pode não passar de um exagero.

14. O princípio da maior felicidade do maior número foi defendido como o único guia racional tanto para a moral privada quanto para a política pública. Um comentário sobre metodologia. Bentham incluiu uma longa discussão do prazer e da dor como forças motivadoras, e tentou mostrar de que modo é possível fazer um cálculo de sua quantidade e influência. Admitiu que o prazer e a dor eram comensuráveis, com uma determinada quantidade de uma compensando uma determinada quantidade da outra, e que podiam ser combinadas de modo que se pudesse proceder a um cálculo da soma dos prazeres. Esse cálculo definiria a maior felicidade de um indivíduo e de um grupo de indivíduos. Eventualmente, Bentham reconheceu que a estrutura

da natureza humana] de Hume nos permite encontrar, na história natural do direito, uma narrativa do cálculo, por parte da natureza, dos custos e benefícios da moral e dos deveres legais. A moralidade não é um imperativo categórico abstrato; sua base real é a necessidade natural. Contudo, não podemos presumir que a estrutura de nossas instituições sociais realmente corresponda aos princípios fundamentais; muitas não o farão.

O PRINCÍPIO DE UTILIDADE PODE SER COMPROVADO? OU BENTHAM ASSUMIU SUA VALIDADE?

Qual é o *status* dessa necessidade natural, e de que modo ela nos dá uma moralidade? Em poucas frases, sem indicar exatamente como o faz, Bentham vai do fato de que desejamos o prazer para o juízo de que devemos buscar o prazer, ou de um fato psicológico para o princípio moral de utilidade. A utilidade, ou "aquele princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter de aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo" (*ibid.*: 65), nos dá o critério dominante que tem por base a realidade do interesse pessoal. *Bentham não explica como é possível transpor a distância existente entre afirmar que os homens desejam prazer e asseverar que devem desejá-lo, ou que é certo que o desejem.* Contudo, está convencido de ter descoberto um princípio fundamental, capaz de julgar a adequação das ações: "[Quando uma ação] está em conformidade com o princípio de utilidade, dizemos sempre ou que ela deveria ser praticada (...) [ou] que se trata de uma ação correta" (*ibid.*: 67). Associar o dever ao prazer é o único modo de "conferir sentido às palavras deveria, certo e errado, e outros termos análogos; de outra forma, carecem de todo e qualquer sentido". Bentham tinha consciência de não haver provado que a felicidade é a base do "bem" e do "certo"; a própria natureza do princípio de utilidade, diz ele, é o fato de não se poder demonstrar sua validade:

> Será passível de demonstração? Parece que não, pois aquilo que se utiliza para provar todas as outras coisas não pode, ele próprio, ser demonstrado; uma cadeia de provas deve ter seu começo em algum ponto. Fornecer tal prova é tão impossível quanto inútil (*ibid.*: 67).

básica da combinação de prazeres e, em particular, os prazeres de outros indivíduos, era fictícia, mas concluiu que essa ficção era "um postulado sem cuja aceitação todo raciocínio político se vê imobilizado". Bentham pretendia ser o "Newton das ciências morais", e achava que suas ficções psicológicas não eram mais fantasiosas do que aquelas que se haviam mostrado eficazes para o desenvolvimento da ciência da mecânica.

Além disso, Bentham acreditava que, ao utilizar sua teoria, podia eliminar as perigosas ficções que encontrava em toda a filosofia jurídica e em todo o raciocínio político contemporâneos. Assim, termos como direitos, propriedade, a Coroa e o bem-estar geral eram todos passíveis de uso fictício e defendiam certos interesses já estabelecidos. Inversamente, as ficções usadas por Bentham eram ideais que "diluíam" as ficções prejudiciais.

Embora a validade do princípio de utilidade não pudesse ser provada, Bentham afirmava poder demonstrar que as chamadas teorias "superiores" da moralidade eram ou redutíveis ao princípio de utilidade, ou inferiores a esse princípio, pois não tinham um significado claro nem podiam ser coerentemente seguidas. Tomemos a teoria do contrato social como explicação de nossa obrigação de obedecer à lei; além da dificuldade de determinar se alguma vez houve, de fato, tal contrato ou acordo, Bentham argumenta que a obrigação de obedecer, mesmo na própria teoria do contrato, repousa sobre o princípio de utilidade, pois na verdade afirma que a maior felicidade do maior número de pessoas só pode ser alcançada se obedecermos à lei. Se for esse o caso, continua Bentham, por que desenvolver uma teoria complexa e cientificamente duvidosa quando o problema todo pode ser rapidamente solucionado mediante a afirmação de que a obediência é melhor porque a desobediência causa mais mal do que bem? Da mesma forma, são redutíveis ao princípio de utilidade as proposições antagônicas de que o bem e o certo em uma ação são determinados por nosso senso ou entendimento moral, por nossa razão ou pelo princípio teológico da vontade divina. Como não podemos conhecer o prazer de Deus, devemos observar "qual é a natureza de nosso próprio prazer e proclamá-lo dele". Desse modo, somente as dores e os prazeres nos dão o real valor das ações, e, em última análise, estamos todos empenhados em aumentar a felicidade, tanto na vida privada quanto na pública.

O DIREITO COMO INSTRUMENTO DA REFORMA UTILITARISTA

A estrutura otimista do "positivismo jurídico clássico" torna-se, assim, visível. Sua convicção principal é simples; uma nova ciência do direito e da reforma poderia criar as condições para uma sociedade moderna disciplinada. O interesse de Bentham pelo direito é anterior a suas preocupações com a reforma política e constitucional, e sua teoria da utilidade forneceu tanto uma metodologia para orientar a reforma quanto um suporte e uma justificação para ela. Embora a reforma possa parecer filosoficamente radical, era também conservadora; pretendia poupar as instituições britânicas das conseqüências de coisas piores que pudessem ocorrer. Bentham sempre temeu as revoluções que, em seu tempo, viu varrer o continente europeu e as Américas. A ordem e a segurança eram preocupações centrais, assim como era crucial poder contar com essa previsibilidade da interação e da certeza do resultado. O comércio eficiente exige um sistema jurídico que faça cumprir as promessas e assegure as expectativas legítimas[15].

15. "Para fazer uma idéia clara de todo o alcance que deveria ser concedido ao princípio de segurança, é necessário levar em conta o fato de que o homem não é igual aos animais irracionais, limitados ao tempo presente tanto no prazer quanto na satisfação, mas que ele é suscetível de prazer e dor por antecipação, e que não basta protegê-lo contra uma perda real, mas também assegurar, tanto quanto for possível, que suas posses não venham a sofrer perdas futuras."

A definição de direito de Bentham

Nossa preocupação é o direito positivo, que é, mais caracteristicamente, produto da vontade do legislador.

> Uma lei pode ser definida como um conjunto de signos enunciadores de uma vontade que, concebida ou adotada pelo soberano de um Estado, diz respeito à conduta a ser observada em determinado caso por uma determinada classe de pessoas que, no caso em questão, supõe-se estarem sujeitas a seu poder. Essa vontade conta, para sua realização, com a expectativa de certos eventos que, como se pretende, deveriam ser às vezes ocasionados por sua declaração, e cuja probabilidade, como se pretende, deveria atuar como um estímulo para aqueles cuja conduta está em jogo (1970: 1).

Existem quatro elementos, a saber: (i) o direito é criação da vontade do soberano; (ii) essa criação é dada a conhecer aos cidadãos e às autoridades do Estado; (iii) o direito determina certos cursos de ação ou exige a coibição de certas ações; (iv) o direito conta com o emprego de sanções.

Bentham parece ter rejeitado a idéia simples de "comando"; trabalha com uma complexa teoria imperativa para a qual preferiu empregar o termo "mandato". O curso de ação determinado pelo direito pode assumir uma de quatro formas, especificamente (a) um comando – "use cinto de segurança"; (b) uma proibição – "não use cinto de segurança" –; (c) uma permissão para abster-se – "você pode não usar cinto de segurança –; (d) uma permissão para agir – "pode usar cinto de segurança". Por trás dessas formas, contudo, estão as características paralelas da (i) soberania e da (ii) coerção estruturada pelas sanções.

O direito não precisa originar-se diretamente do soberano, dado que o direito pode ser visto como criação da vontade do soberano por concepção ou adoção, ou seja:

> quando foi ele [o soberano] que a aprovou, e que a promulgou pela primeira vez, nas palavras ou outras formas de representação em que vem expressa; pode-se dizer que lhe pertence por adoção quando a pessoa da qual ela provém diretamente não é o próprio soberano (...) essa vontade deve ser observada e considerada como pertencente a ele (1970: 21).

O soberano

A suprema legislatura é onipotente. Ainda que possa haver "controles" e diretrizes, não pode haver, logicamente, nenhuma limitação jurídica de tal poder[16]. A própria utilidade, porém, apresenta um princípio diretor para a legislação:

16. "(...) não se pode afirmar que a autoridade do corpo supremo tenha, a menos nos casos em que assim o determinar uma convenção expressa, quaisquer limites determináveis ou fixos – isto é, que o fato de afirmar a existência de qualquer ação que ela não possa praticar – referir-se a qualquer coisa que lhe diga respeito como sendo ilegal – como sendo inválida – aludir ao fato de que extrapola sua autoridade (seja qual for a expressão usada) – seu poder – seu direito – constitui, apesar de prática comum, um abuso de linguagem" (Bentham, 1977: 485-6).

> Da autoridade constitutiva, a vontade constante (pois pode-se apenas presumir que assim seja) é a de que a felicidade nacional, a felicidade do maior número, seja aumentada; a essa vontade, em cada ocasião, é dever da suprema legislatura, de acordo com sua competência, fazer vigorar e cumprir (em Parekh, 1973: 218).

Contudo, se o Legislativo aprovar leis contrárias ao princípio de utilidade, elas "não devem ser, por esse motivo, tratadas ou mencionadas como nulas e sem efeito por juiz algum" (*ibid.*: 218).

Como, exatamente, o soberano torna sua vontade conhecida e efetiva? Existem, na verdade, dois conjuntos de leis, um deles – chamado de *leis principais* – dirigido aos cidadãos, e outro – chamado de *leis subsidiárias* – dirigido às autoridades para que façam cumprir o primeiro[17]. Se as autoridades deixarem de fazer cumprir a lei principal, estarão elas próprias sujeitas ao julgamento por parte de outras autoridades que agirão em conformidade com novas leis subsidiárias. E, conquanto algumas leis possam ser convites aos cidadãos para que ajam de acordo com seus próprios desejos – fazer testamentos etc. –, Bentham enfatiza que a punição e as sanções são características essenciais de um sistema jurídico (1970: 134).

O PAPEL DAS SANÇÕES

A primazia das sanções provém da concepção benthamista do funcionamento da utilidade subjacente à interação social. Assim como o prazer e a dor atribuem os verdadeiros valores aos atos, também constituem as causas eficientes do comportamento. Na *Introdução aos princípios de moral e legislação* (capítulo III), Bentham distingue quatro fontes de dor e prazer que ele descreve como causas do comportamento e chama de sanções. Uma sanção é aquilo que dá força vinculatória a uma regra de conduta ou lei, e essas quatro sanções são chamadas de físicas, públicas, morais e religiosas[18]. Em todas essas áreas a sanção, ou a causa eficiente do comportamen-

17. "A vontade do legislador sobre o assunto em questão foi, de fato, declarada, e acenou-se com a ameaça de punição em caso de falta de adesão a tal vontade; contudo, no que diz respeito aos meios de se pôr em prática tal ameaça, nada de semelhante foi ainda dado a conhecer. Que caminho pode então o legislador tomar? Existe apenas um, que consiste em continuar no comando como antes (...). Tudo que ele pode fazer (...) consiste em promulgar uma segunda lei, exigindo que alguma pessoa aplique a predição que acompanhava a primeira" (Bentham, 1970: 137-9).

18. Por exemplo, "Se os bens de um homem, ou sua própria pessoa, forem consumidos pelo fogo. Se isso lhe ocorreu devido àquilo que se chama de acidente, foi uma calamidade; se em razão de sua própria imprudência (por exemplo, por ter se esquecido de apagar a vela), o fato pode ser chamado de punição da sanção física; se ocorreu devido a uma decisão do magistrado público, teremos uma punição que decorre de sanção pública; isto é, aquilo que normalmente se chama de punição; se a ocorrência resultar da falta de ajuda de seu vizinho, que se negou a prestá-la por não apreciar seu caráter moral, teremos uma punição decorrente de sanção

to, constitui uma ameaça de dor. Na vida pública, o legislador entende que os homens se sentem ligados a certos atos somente quando estes têm uma sanção clara a eles associados, e tal sanção consiste em alguma forma de dor se o tipo de conduta determinado pelo legislador for infringido pelo cidadão. Portanto, a principal preocupação do legislador é decidir que formas de comportamento tenderão a aumentar a felicidade da sociedade, e quais sanções serão mais passíveis de produzir essa maior felicidade. A palavra "obrigação" recebeu significado concreto através do conceito de sanção de Bentham, pois esse termo agora significava não algum dever indefinido, mas a perspectiva de sofrimento para quem desobedecesse a regra moral ou jurídica. Ao contrário de Kant, para quem a moralidade de um ato depende de se ter o motivo certo, e não das conseqüências do ato, o utilitarismo leva à posição oposta – a moralidade depende diretamente das conseqüências. Enquanto Bentham admite que alguns motivos são mais passíveis do que outros de levar a uma conduta mais útil, isto é, a uma conduta capaz de aumentar a felicidade, ainda é o prazer, e não o motivo, que confere a qualidade moral ao ato. Além disso, Bentham adotou a posição de que, sobretudo na esfera social em que o direito opera, a lei só pode punir aqueles que realmente infligiram sofrimento, qualquer que seja seu motivo, ainda que se admitam algumas exceções[19].

O CÁLCULO DO PRAZER E DA DOR

Cada indivíduo e cada legislador ocupa-se em evitar a dor e alcançar o prazer. Contudo, prazeres e dores diferem entre si e, desse modo, têm diferentes valores. Com uma tentativa de obter precisão matemática, Bentham fala de unidades, ou do que chamava de conjuntos de prazer e dor, sugerindo que, antes de agirmos, devemos – e realmente o fazemos – calcular os valores desses conjuntos (capítulo IV). Considerado em si mesmo, seu valor será maior ou menor dependendo, como afirma Bentham, da (i) intensidade, (ii) duração, (iii) certeza e (iv) propinqüidade (ou proximidade) do prazer. Quando consideramos não apenas o prazer em si, mas as conseqüências às quais pode levar, outras circunstâncias devem ser também calculadas, como (v) a fecundidade do prazer, ou suas possibilidades de ser acompanhado por uma maior quantidade das mesmas sensações, isto é, por mais prazer, e (vi) sua pureza, ou as possibilidades de que o prazer não será acompanhado por prazer, mas por sofrimento. A sétima circunstância é a da extensão do prazer, isto é, o número de pessoas aos quais ele chega, ou que são por ele afetadas.

moral; se a ocorrência se deve a um ato imediato de desaprovação de Deus, manifestada em razão de algum pecado que a pessoa em questão tenha cometido, (...) uma punição resultante de sanção religiosa" (1987: 85).

19. Enquanto pode ser verdade que o legislador nem sempre possa levar em consideração os motivos, a questão do motivo é vital na moralidade. Bentham, contudo, parecia considerar tanto as obrigações morais quanto as jurídicas como coisa semelhante, no sentido de que, em ambos os casos, as conseqüências externas da ação eram tidas como mais importantes do que os motivos que lhes eram subjacentes.

Como indica esse cálculo, Bentham estava interessado fundamentalmente nos aspectos quantitativos do prazer, o que o leva a crer que todas as ações serão igualmente boas se produzirem a mesma quantidade de prazer. Assim, "computamos todos os valores de todos os prazeres de um lado, e os de todas as dores de outro. O equilíbrio, se pender para o lado do prazer, indicará a boa inclinação do ato, (...) se pender para o da dor, indicará a má inclinação deste" (1987: 88).

Uma vez que compete ao legislador desencorajar alguns atos e encorajar outros, como irá classificar aqueles que devem ser desencorajados por oposição aos que devem ser encorajados?

O OBJETIVO OU A FINALIDADE DO DIREITO

O método de legislação de Bentham consistia, primeiro, em mensurar a "perversidade de um ato", e tal perversidade consistia nas conseqüências, na dor ou no mal provocados pelo ato; os atos que produzem o mal devem ser desencorajados. Bentham diz que existem males primários e secundários que afetam o legislador. Um ladrão causa mal a sua vítima, que perde seu dinheiro, e este é um caso de mal primário. Mas o roubo também cria um mal secundário, pois quando é bem-sucedido sugere que o furto é fácil; assim, diminui o respeito pela santidade da propriedade, com a conseqüência de que esta se torna insegura. Esses males secundários são freqüentemente mais importantes do que os primários, uma vez que – para usarmos o exemplo do roubo – a verdadeira perda para a vítima pode muito bem ser consideravelmente menor do que o dano infligido em termos da redução da estabilidade e da segurança (por exemplo, o medo do crime) no conjunto da comunidade.

O direito objetiva aumentar a felicidade total da sociedade ao desestimular os atos que possam gerar más conseqüências. Um ato criminoso ou ilegal representam, por definição, uma prática claramente prejudicial à felicidade do corpo social; somente um ato que, de alguma forma específica, inflija na prática algum tipo de dor – diminuindo, assim, o prazer de um indivíduo ou grupo específico – deve ser objeto da preocupação do direito. Na maioria dos casos, o governo realiza sua tarefa de promover a felicidade da sociedade ao punir as pessoas que cometem atos ilegais claramente avaliados como danosos pelo princípio de utilidade. Foi a convicção inveterada de Bentham de que, se o legislador usasse apenas o princípio de utilidade para decidir quais atos devem ser considerados como "legais", muitos atos controlados pelo direito de sua época teriam de ser interpretados como uma questão de moral privada, sujeita tão-somente à sanção da opinião. Portanto, o utilitarismo teve a conseqüência de exigir uma reclassificação do comportamento para se determinar que ações ou atividades deveriam ser apropriadamente reguladas pelo governo. O princípio de utilidade criou uma nova e simples teoria da punição, uma teoria que, na opinião de Bentham, não só podia ser justificada mais rapidamente do que as teorias mais antigas, como também era capaz de alcançar de modo mais eficaz os objetivos da punição.

A CENTRALIDADE DA PUNIÇÃO

Dado que "toda punição é um mal em si" (uma vez que inflige sofrimento e dor), segue-se que "com base no princípio da utilidade, se devêssemos alguma vez admiti-la, só deveríamos fazê-lo na medida em que se comprometesse a eliminar um grande mal" (1987: 97). Ao mesmo tempo, o "objetivo que todas as leis têm em comum é o de aumentar a felicidade total da comunidade". A punição deve, portanto, ser "útil" para se obter um maior agregado de prazer e felicidade, e não se justifica se seu efeito consistir unicamente em acrescentar ainda mais unidades, ou conjuntos, de dor à comunidade. O princípio de utilidade exigiria claramente a eliminação da "retaliação" pura, em que se faz alguém sofrer somente porque seu ato causou dor a sua vítima, uma vez que nenhum objetivo útil é atendido ao se acrescentar ainda mais dor à soma total já sofrida pela sociedade. Não é que se rejeite a instituição da punição; ao contrário, a aceitação do princípio da utilidade aponta para uma reavaliação da questão de por que a sociedade deve punir os infratores, e para uma reclassificação dos casos que são "adequados" e "inadequados" à punição. A punição não deveria ser infligida (i) quando for infundada; por exemplo, quando o crime puder ser simplesmente compensado, e quando houver uma certeza virtual de que a compensação virá com certeza; (ii) quando for ineficaz, no sentido de não ser capaz de impedir um ato prejudicial; por exemplo, quando uma lei criada depois do ato for retroativa, ou *ex post facto*, ou quando uma lei já existe mas não foi publicada. A punição também seria ineficaz quando estivessem envolvidos uma criança, um louco ou um bêbado, ainda que Bentham admitisse que nem a infância nem a intoxicação eram bases suficientes para a "impunidade absoluta". A punição também não deve ser infligida (iii) quando for improfícua ou excessivamente onerosa, "quando os danos em que resultasse fossem maiores do que aquilo cuja ocorrência impedisse"; ou (iv) quando for desnecessária, "quando o dano puder ser impedido ou interrompido sem ela, isto é, a um menor custo", sobretudo nos casos "que consistem na disseminação de princípios perniciosos em matéria de dever", uma vez que em tais casos a persuasão é mais eficaz do que a força (citações, 1987: 97-102).

Uma questão era saber se um determinado tipo de comportamento deveria ficar a cargo da ética privada ou tornar-se objeto de legislação. Bentham respondeu a ao simplesmente aplicar o princípio da utilidade. Se o fato de envolver todo o processo legislativo e o aparato punitivo faz mais mal do que bem, a questão deveria ser da alçada da ética privada. Ele estava convencido de que as tentativas de regular a imoralidade sexual seriam particularmente improfícuas, uma vez que isso exigiria uma complexa supervisão, e o mesmo ocorreria com "crimes como a ingratidão ou a rudeza, em que a definição é tão vaga que o juiz não poderia, com segurança, ser investido do poder de punir". Os deveres que devemos a nós mesmos dificilmente poderiam ser objeto da preocupação do direito e da punição, nem deveríamos ser "coagidos" a ser "benevolentes", ainda que em certas ocasiões pudéssemos ser responsáveis pela omissão em ajudar. Contudo, a principal preocupação do direito deveria ser a de estimular os atos que pudessem levar à máxima felicidade da comunidade. Há, então, uma justificativa para a punição, no sentido de que através dela se pode assegurar, efetivamente, o máximo bem para o maior número possível.

Além de fornecer a base racional para a punição, o princípio de utilidade também oferece uma pista para a natureza da punição adequada. Bentham descreve as propriedades desejáveis de cada unidade (ou conjunto) de punição ao examinar "a proporção entre punições e transgressões à lei" (título do capítulo XIV), e apresenta as seguintes regras: a punição deve ser suficientemente forte para superar a vantagem que o transgressor possa obter com sua transgressão; quanto maior a transgressão, maior a punição; se houver uma situação em que um infrator potencial estiver determinado a cometer uma infração, mas puder optar entre várias, a punição para a maior infração deve ser suficiente para induzir um homem a preferir a menos séria; as punições devem ser variáveis e adaptáveis para poderem ajustar-se às circunstâncias particulares, ainda que cada infrator deva receber a mesma punição pela mesma infração; a quantidade de punição nunca deve ser maior do que o mínimo necessário para torná-la eficaz; quanto maior a incerteza de que o criminoso será apanhado, maior deveria ser a punição potencial; e, se um crime for habitual, a punição deve superar não apenas a vantagem decorrente do crime imediato, mas também aquela dos crimes não descobertos. Essas idéias levaram Bentham a defender regras capazes de assegurar que a punição fosse variável, de modo que se ajuste ao caso específico; eqüitativa, para infligir uma mesma dor no caso de infrações semelhantes; proporcional, para que as punições de diferentes tipos de infrações sejam proporcionais; exemplar, de modo que se imprima na imaginação dos infratores potenciais; sóbria, para evitar o excesso; reabilitadora, para corrigir o comportamento censurável; incapacitante, para dissuadir infratores futuros; compensatória, para aquele que sofre; e, para evitar novos problemas, a punição deveria ter aceitação popular e ser passível de remissão por justa causa.

Depois de uma ampla e (enfadonha) catalogação da base do direito e da punição, Bentham conclui, chamando atenção para a objeção de que alguns infratores simplesmente não agem como calculadores racionais. Sua resposta é categórica:

> Alguns existem, talvez, que (...) podem ver a sutileza utilizada na regulamentação de tais regras como um trabalho perdido; pois a ignorância crassa, dirão, nunca se preocupa com as leis, e a paixão não faz cálculos. Contudo, o mal da ignorância admite cura: e (...) quando questões tão importantes quanto a dor e o prazer estão em jogo, e no mais alto grau (...), quem haverá que não calcule? Os homens calculam, uns com menos exatidão, outros com mais; mas todos calculam (1987: 111).

O RADICALISMO LIMITADO DE BENTHAM REVELA-SE EM SUAS IDÉIAS DE REFORMA QUE VISAVAM AOS INTERESSES DA BOA ORDEM E À PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE

Estava claro, para Bentham, que muitos elementos do direito e da estrutura social geral da Inglaterra não se ajustavam às exigências estabelecidas pelo princípio

de utilidade. Onde quer que encontrasse uma discrepância entre a ordem jurídica e social vigente, por um lado, e o princípio de utilidade, por outro, Bentham desejava a reforma. Atribuía a maior parte dos males do sistema jurídico aos juízes que, acusava, "criaram o *common law*. Sabe o leitor como eles o criaram? Do mesmo modo que um homem cria regras para seu cão. Quando teu cão faz alguma coisa que te desagrada, esperas até que ele volte a fazê-la e, então, dás-lhe uma surra. É assim que os juízes criam leis para ti e para mim".

Bentham encontrava o maior obstáculo à reforma na estrutura da sociedade aristocrática. Por que os males sociais e os males do sistema jurídico persistiam mesmo depois de ele ter demonstrado que diferentes modos de comportamento produziam "a maior felicidade para o maior número?". A resposta, pensava Bentham, era que os poderosos não queriam "a maior felicidade do maior número". Os governantes preocupavam-se mais com seus interesses particulares. Bentham tinha plena consciência de que os homens procuram sua própria felicidade. O objetivo do governo, porém, é ajudar a alcançar a maior felicidade do maior número. Sempre que os detentores do poder representam apenas uma classe ou um pequeno grupo, seu interesse pessoal entrará em conflito com a devida finalidade do governo. O modo de superar tal conflito ou contradição consiste em combinar governantes e governados, ou em colocar o governo nas mãos do povo. Se governantes e governados se tornarem uma só identidade, seus interesses serão os mesmos, e estará assegurada a maior felicidade do maior número. Essa identidade de interesses não pode, por definição, ser obtida sob uma monarquia, pois o monarca age em seu próprio interesse ou, na melhor das hipóteses, objetiva a felicidade de uma classe ou grupo especial que o cerca. Durante boa parte de sua vida, Bentham teve fé em uma elite ilustrada, mas, ao perceber que suas reformas provavelmente nunca seriam aceitas, mudou de opinião e passou a defender a democracia radical. Era esse o contexto, acreditava, em que suas idéias poderiam ser aceitas, uma vez que os governantes são o povo e os representantes deste são escolhidos exatamente porque se comprometeram a defender seu máximo bem. A aplicação do princípio da utilidade exigia claramente, do modo como Bentham o via, a rejeição da monarquia com todos os seus corolários, e desse modo ele aboliria o rei, a Câmara dos Pares e a Igreja oficial.

A ARMADILHA DO PANÓPTICO

Há uma dualidade na concepção de direito de Bentham: à primeira vista, o direito civil e o criminal parecem duas esferas distintas. O direito civil protege a aquisição contratual de bens, e parece operar segundo concepções naturais de utilidade que os protagonistas da vida comercial compreendem. O pesar decorrente da obrigação de abster-se dos bens alheios é incomparavelmente menor do que as vantagens conferidas pelos direitos correspondentes adquiridos com a propriedade, enquanto o direito criminal penaliza diferentes tipos de agressão à vida social. Contudo, o direito civil não é auto-suficiente; precisa do direito criminal para conferir-lhe sanção definitiva. Desse modo, o direito criminal defende as criações sociais que o direito civil utiliza – propriedade, contratos, obrigações, bens.

Talvez Bentham tenha levado ao máximo possível a relação entre a história natural, a indústria, a proteção à propriedade, as vantagens a ser obtidas através da observação das regras do jogo comercial e o reforço do direito civil pelo direito criminal. Por trás da esperada normalidade da sociedade civil, e por trás da segurança e da paz social, assomava a inevitabilidade da coerção. Uma confiança absoluta na utilidade justificava essa coerção. Além disso, ainda que os vários textos de Bentham sobre o uso das punições em substituição à pena de morte freqüentemente cheguem quase a implicar – quando não a estipular claramente – a tortura e o terror penais, o panóptico (uma espécie de prisão ou casa de inspeção) codifica as estreitas ligações entre o Estado utilitarista e a sociedade dos gálagos*. Por mais de vinte anos, Bentham esteve obcecado com um projeto de construir e dirigir, sendo pago por isso, uma série de instituições de vigilância ideais que ofereceriam uma tecnologia de regras de múltiplas finalidades.

> A moral regenerada, a saúde preservada, a indústria revigorada, a instrução difundida, os encargos públicos reduzidos, a economia sólida como uma rocha, o nó górdio das leis de assistência social não cortado, mas desatado – tudo isso graças a uma simples concepção arquitetônica ("Panóptico, or the Inspection House" (1838-43), vol. IV, *Collected Works* de Bentham).

Um rigoroso sistema de vigilância e controle totais e contínuos. Até mesmo os exercícios físicos seriam um "desfile militar". O resultado?

> E se o espírito liberal e a energia de um cidadão livre não fossem trocados pela disciplina mecânica de um soldado, ou pela austeridade de um monge? E se o resultado desse primoroso invento não fosse a construção de um conjunto de máquinas à semelhança do homem? Chamemo-los de soldados, de monges ou de máquinas: eu não me importaria; desde que fossem felizes (*ibid.*).

É pouco afirmar que o panóptico – que um Bentham já entrado em anos resumiu como "um magnífico instrumento com o qual, na época, sonhei em revolucionar o mundo" (citado em Semple, 1993: 288) – tenha sido negligenciado pela literatura jurídica[20]; trata-se, na verdade, de uma surpreendente ausência[21]. Para alguns,

---

* O gálago é um pequeno primata africano caracterizado por olhos muito grandes. (N. do T.)

20. Como afirma Janet Semple (1993: 1) ao iniciar seu estudo recente do panóptico: "A penitenciária-panóptico de Bentham é um projeto cheio de contradições e ambigüidade; uma prisão que é parte central de uma investigação filosófica, administrada por um carcereiro que foi representado tanto como um administrador desumano quanto como uma personificação do Estado utilitarista. É um empreendimento individualista que parece pressagiar o totalitarismo. Os estudiosos trataram o panóptico com pouco interesse ou respeito, mas por vinte anos esse projeto obcecou a mente extraordinária de um de nossos maiores filósofos; foi a tragédia da vida de um homem que, aos olhos de seus amigos, parecia feliz e bem-sucedido."

21. O panóptico, porém, não foi ignorado pela criminologia. Foi retomado por Michel Foucault (1977), que o via como "o deslize da razão penal". Ainda que muito poucos tenham sido construídos, Foucault inter-

é a prova de que o utilitarismo de Bentham leva ao totalitarismo; para outros, demonstra a fragilidade das concepções de progressistas sociais que acreditam que deveríamos ser todos governados pelos novos conhecimentos que a modernidade produz; uma vez que o grande teste tanto do poder do panóptico quanto do exercício do poder sob a legitimação do conhecimento era a visibilidade, que tipo de teste é a visibilidade se aqueles que observam ficam aterrorizados pelas afirmações do conhecimento? Para outros, ainda, o panóptico é o resultado final do reducionismo naturalista inerente ao utilitarismo – os seres humanos reduzem-se simplesmente a complexos de prazer e dor; onde estará, então, a dignidade que a tradição kantiana, "orientada pelo direito", considera fundamental para a humanidade?

AS IMAGENS DUPLAS DE VISIBILIDADE E CONTROLE INERENTES AO UTILITARISMO

O panóptico foi o ponto final de diferentes processos de reducionismo, cálculo e desejo de controle inerentes ao utilitarismo benthamista. O utilitarismo é estreitamente ligado à idéia de controle; pretende oferecer-nos uma modalidade de cálculo através da qual possamos aferir o resultado superior da política e da distribuição. Oferece-nos um mecanismo por meio do qual podemos visualizar a cena e calcular os resultados, um mecanismo cuja utilização nos permite imaginar que podemos assumir o controle. Em textos recentes sobre a justiça, o filósofo norte-americano John Rawls (1971) tem nos lembrado quão central ao pensamento utilitarista era um modelo hipotético de tomada de decisões – o espectador independente – que pressupunha a visão total e o conhecimento total.

A imagem de um espectador independente utiliza algumas das idéias empregadas no "espectador imparcial" criado por Adam Smith – particularmente o conceito de que os sentimentos morais são parte integrante do funcionamento natural da interação humana –, mas parte desse conceito para nos oferecer um mecanismo que nos permita avaliar a totalidade da felicidade social[22]. Em síntese, a idéia do perfeito espectador independente funciona do modo como apresentamos a seguir. A capacidade moral dos indivíduos está contida na noção de solidariedade. As pessoas, porém, variam quanto ao grau de solidariedade ou empatia que conseguem sentir. Algumas são muito capazes de sentir solidariedade; outras, não. Ora, imaginemos alguém que seja perfeitamente capaz de solidariedade, e teríamos quase um santo. Uma pessoa assim refletiria e aceitaria completamente nossa dor e nosso prazer; haveria uma perfeita simetria de solidariedade. Imaginemos agora que acrescentamos uma segunda condição: o fato de que esse espectador é também onisciente. Não lhe escapam as dores de ninguém. Ele conhece todo prazer e toda dor, e recria-os em sua própria experiência. Uma vez que tal pessoa experimenta toda a dor e todo o sofrimento existentes no mundo, sem dúvida essa entidade agiria de modo que aumentasse a totalidade do prazer que ela própria experimenta. E, como tudo é agregado, a verdadeira distribuição de prazer e dor não importaria; o que contaria seria a soma total dos padrões de distribuição. A pessoa daria sempre preferência ao padrão de distribuição que resultasse no maior agregado de prazer, não importa que padrão fosse. Em outras palavras, esse ser ideal preferiria um mundo que se conformasse ao princípio de utilidade. O mundo utilitarista bem organizado deve ser o Estado ideal para o perfeito espectador imparcial[23].

O modelo parece estruturar – cientificamente – o exercício do poder e fornecer o ponto de observação ideal (ou o modelo hipotético ideal de tomada de decisões) para se avaliar as relações e as ações humanas e determinar os cursos de ação concretos a serem seguidos. O argumento parece convincente, mas as coisas são bem mais complexas. O modelo equivale a uma exigência injustificada de uma imagem de totalidade que nenhuma instituição humana pode, de fato, chamar a si[24]. Adam Smith foi muito mais modesto; a idéia de totalidade foi substituída por uma mão oculta,

preta o panóptico como exemplo básico de tendências do condicionamento e da produção da subjetividade moderna. Era uma instituição "onidisciplinar", sem nenhum enfoque que não a criação de uma disciplina rigorosa e um comportamento conformista. Embora o uso do panóptico não se tenha difundido, as prisões inscreveram-se profundamente nas estruturas ocultas da sociedade moderna. Quando se sabe que as prisões são instituições fechadas, é interessante notar que Bentham pretendia que o panóptico fosse aberto ao público, que poderia visitá-lo, examinar sua arquitetura e manter a instituição sob controle. As prisões são fracassos penais cujo número vem se expandindo – de que modo tais fracassos podem ser um sucesso? Foucault argumenta que as prisões funcionam em conjunto com o fracasso, e não apesar deste – as prisões produzem uma forma particular de delinqüência, a patologia do crime. A experiência do aprisionamento cria um conjunto de problemas sociais para os reclusos que assegura que eles continuem a cometer crimes quando libertados, mas isso, em vez de indicar a necessidade de acabar com as prisões, parece antes exigir que os infratores voltem a ser presos, e que o número de prisões seja aumentado. Isso está ligado às relações de poder: o poder permite a produção do conhecimento; o conhecimento é uma forma de poder; concretizado, esse poder permite que se criem mais formas de conhecimento. A mudança social torna-se uma espiral contínua de poder e conhecimento. A idéia da prisão como reformatório exige que se crie um conhecimento social que visualize o praticante de um crime de tal modo que se possa considerá-lo como um ser que precisa de correção. Garante-se, assim, uma nova forma de dominação.

22. O filósofo utilitarista liberal John Stuart Mill, um dos mais importantes pensadores do final do século XIX, afirmou que o utilitarismo dizia respeito à felicidade social geral, e que a utilidade exigiria do detentor do poder – o soberano / governador –, caso se desempenhasse à maneira utilitarista, que fosse um observador imparcial e desinteressado: um espectador independente.

23. Essa figura ideal é, por certo, um substituto de Deus, pois na tradição cristã Deus é personificado exatamente como uma figura onividente, onisciente e todo-poderosa que se ergue acima do mundo em que vivem os homens. Não admira que um utilitarista inveterado como John Austin – que ainda acreditava em Deus – pudesse referir-se à utilidade como "a medida dos comandos de Deus".

24. E se nossa pessoa não experimentasse os problemas peculiares a certos grupos – por exemplo, se fosse incapaz de sentir solidariedade por certos segmentos em decorrência de sexo ou raça? A capacidade solidária de tal pessoa não seria integral. Analogamente, se nosso espectador ideal for menos que onisciente haverá um problema semelhante, uma vez que a falha de conhecimento torna imperfeita a capacidade de ser solidário. Essa imagem ideal do espectador é impossível. É simplesmente impossível determinar o conhecimento total ou o entendimento simétrico total dos pontos de vista de todas as outras pessoas.

e nenhuma instituição humana ou corpo de governantes poderia se supor capaz de realizar essa tarefa. Duas concepções constitucionais e dois conjuntos de desejos reformistas estão aqui em operação. O utilitarismo se volta para os ideais de controle e reforma, enquanto a idéia da mão oculta limita nossa concepção de nós mesmos como indivíduos poderosos. John Stuart Mill tentaria reconciliá-las.

III. JOHN STUART MILL: A REFORMA DO UTILITARISMO E O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DE LIBERDADE

> Portanto, a mudança que está em curso e, em grande parte, já se consumou, é a maior já ocorrida nos interesses humanos. (...) Quem quer que sobre ela medite e não perceba que uma revolução tão grande contamina todas as regras de governo e política existentes, e torna inúteis todas as práticas e previsões baseadas exclusivamente na experiência passada, carece do primeiro e mais elementar princípio da arte de governar em nossa época (John Stuart Mill, "Civilization").
>
> Se parecesse que o livre desenvolvimento da individualidade é um dos aspectos fundamentais do bem-estar, e que não se trata apenas de um elemento complementar a tudo o que se entende pelas palavras "civilização", "instrução", "educação" e "cultura", mas de uma parte necessária e da condição de todas essas coisas, não correríamos o risco de que a liberdade viesse a ser subestimada (John Stuart Mill, *On Liberty* [A liberdade], [1859]).

ENTENDENDO O CONTEXTO DA HUMANIZAÇÃO INTRODUZIDA POR JOHN STUART MILL NO UTILITARISMO CLÁSSICO DE BENTHAM

Ainda que talvez não tenha sido tão dura quanto conta a lenda, a infância de John Stuart Mill foi uma experiência de socialização utilitarista. Filho de James Mill, amigo íntimo de Jeremy Bentham, Mill afirmou terem sido as opiniões de seu pai que "deram o caráter distintivo à publicidade benthamista ou utilitarista"; quanto aos canais que levariam o utilitarismo de seu pai a influenciar a reforma da Inglaterra, Mill afirmou que "um deles fui eu mesmo, a única mente que, expressamente formada pelos ensinamentos dele, viria a exercer considerável influência sobre diversos jovens"[25]. Em sua autobiografia, Mill narra o impacto provocado pela leitura dos textos de Bentham sobre punição e prisões (como não foram publicados em inglês na época, Mill leu a edição francesa de Étienne Dumont): "Quando terminei de ler o último volume do *Traité* já não era mais o mesmo homem... A obra conferiu unidade à minha concepção das coisas. Agora eu tinha opiniões; uma crença, uma doutrina, uma filosofia; num dos melhores sentidos do termo, uma religião" (1966: 256). Contudo, ele também descreve uma devastadora "crise mental" pela qual passou aos vinte e poucos anos, e que atribui às deficiências dos primeiros anos de sua formação. De tão confiantes na doutrina da utilidade, seus professores haviam negligenciado o lado emocional da vida, e isso levou Mill a considerar impossível combinar seus sentimentos pessoais com sua doutrina social. Especificamente, em decorrência da ênfase colocada na aquisição da capacidade analítica, ele não fora capaz de adquirir uma visão geral da vida social. A educação utilitarista não havia "conseguido criar (...) sentimentos fortes o bastante para resistir à influência diluidora da análise". Além disso, embora o utilitarismo parecesse uma técnica extraordinária para a tomada de decisões, não oferecia imagens de progresso social que estimulassem a imaginação. Os "antigos e conhecidos instrumentos, o louvor e a censura, a recompensa e a punição", criavam uma adesão "artificial e fortuita" ao utilitarismo, em vez de aprofundar as ligações naturais de sentimento. Criava-se, desse modo, uma dualidade que, de diferentes maneiras, viria a ocupar o centro de todos os seus escritos: a diferença – e também a interligação – entre o pessoal e o social. A relação assumia várias formas: a impossibilidade de criar, cientificamente, as bases da nova sociedade, uma vez que os fundamentos da sociedade humana encontravam-se, em última análise, para além da ciência[26]; uma abordagem científica do direito e da ordenação social não criaria as condições para a obediência; em vez disso, o indivíduo precisaria encontrar seu próprio domínio de crença e sentimento, ao mesmo tempo que reconhecesse o papel da ordem jurídica na criação do espaço em que teria lugar sua busca pessoal. Depois de sua crise pessoal, Mill desenvolveria o pensamento utilitarista – que quase o havia levado a um colapso mental irreversível – de um modo que, em última análise, faria ressaltar a pureza de sua força conceitual e seu alcance[27].

Em seu famoso ensaio sobre o *Utilitarismo*, Mill procurou defender o princípio da utilidade, e começou com uma definição desta que era compatível com Bentham: "A crença que admite a utilidade, ou o princípio da felicidade da maioria, como fundamento da moral, sustenta que as ações estão corretas na medida em que tendam

25. É evidente que estamos discutindo John Stuart Mill fora de contexto histórico. Em termos de filosofia do direito, ele talvez tenha sido o discípulo favorito de John Austin: ao desenvolver o texto completo das lições, o que Sarah Austin utilizou para complementar os escritos deixados por seu marido foram as anotações de Mill das aulas de Austin.

26. Mill descreve como ingênua a antiga crença no poder do conhecimento positivo: "não esperávamos a regeneração da humanidade a partir de qualquer ação direta sobre (...) a benevolência altruísta e o amor à justiça (...), mas sim a partir do efeito do intelecto bem formado, que viria a regenerar os sentimentos egoístas". Isso, porém, fracassou, e o elemento elitista em Mill levou-o então a argumentar que somente "aqueles que são levados por mais nobres princípios de ação" deixavam-se assim afetar; a maioria era incapaz de fazê-lo.

27. A educação de Mill conscientizou-o de divisões que ele jamais poderia reconciliar, e seu legado à modernidade consistiu na criação de um mecanismo social que na verdade sobreviveu no sentido de não haver tentado reconciliá-las. Quando Mill empenhou-se em chegar à reconciliação, parecia estar se voltando para o socialismo; quando se absteve de fazê-lo, foi o liberal clássico de nossa época, defendendo a sociedade aberta, os direitos das mulheres e a tolerância. Mill tem sido às vezes descrito como "dois Mills", *cf.* John Rees (1977); por sua vez, outro escritor afirmou que nas obras de Mill é possível detectar "indícios de todos os ventos que sopraram nos primórdios do século XIX" (Anschutz, 1953: 5).

a promover a felicidade, e erradas quando tendem a produzir o contrário desta. Por 'felicidade' entende-se o prazer e a ausência de dor; por 'infelicidade', dor e privação de prazer" (1987: 278). Contudo, ao ampliar a teoria, Mill defendeu uma abordagem qualitativa, e não quantitativa, da questão do prazer. O sistema de Bentham havia fundido formas de prazer que só diferiam em sua quantidade, isto é, diferentes modos de comportamento produzem quantidades diferentes de prazer. Bentham afirmou enfaticamente: "o trivial é tão bom quanto a poesia", deixando implícito que o único critério para a virtude é a quantidade de prazer que um ato pode produzir. Bentham chegou, inclusive, a falar sobre a criação de um termômetro moral que pudesse medir os diferentes graus de felicidade ou infelicidade – para ele, a virtude não estava associada a *tipos* específicos de comportamento. Mill não podia concordar: "é melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito", e reiterou que preferia "ser um Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito". O pressuposto de que todos os prazeres eram comensuráveis era falso: "Os seres humanos têm faculdades mais elevadas que os apetites animais, e, uma vez conscientes delas, não vêem como felicidade nada que não inclua sua gratificação" (*ibid.*: 279). Era absurdo calcular a felicidade como uma função exclusiva da quantidade de prazer.

Isso punha abaixo todo o edifício intelectual do utilitarismo. Se os prazeres têm de ser classificados em termos de sua qualidade, e não de sua quantidade, isso não só torna impossível um cálculo de base matemática, como também impede que o prazer seja um padrão coerente de moralidade, uma vez que esta se torna mais ligada à questão (aristotélica) clássica de gerar situações que põem em relevo a potencialidade de ser verdadeiramente humano. Além do mais, Mill era um moderno. Qualquer que viesse a ser o modo de vida "natural" da pessoa moderna, tratar-se-ia de uma vida criada pela capacidade tecnológica humana de criar ordens sociais[28]. Isso levou Mill a uma nova busca dos primeiros princípios através dos quais se pudesse governar a sociedade moderna e, desse modo, criar condições capazes de permitir o desenvolvimento do homem e a verdadeira felicidade humana.

A LIBERDADE E A BUSCA DO PRIMEIRO PRINCÍPIO A GUIAR A POLÍTICA

A obra mais conhecida de Mill é seu ensaio *A liberdade*, publicada em 1859 quando, aos 53 anos, ele era um respeitado autor de textos cruciais sobre lógica e economia política. Mill afirma corajosamente que seu tema não é uma questão filosófica, mas sim "a natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente

28. "Por outro lado se, como acredito, os sentimentos morais não são inatos, porém adquiridos, não são menos naturais por esse motivo. É natural do homem falar, raciocinar, construir cidades e cultivar a terra, ainda que estas sejam faculdades adquiridas. Os sentimentos morais não são, na verdade, parte de nossa natureza no sentido de estarem presentes, em qualquer grau observável, em todos nós; infelizmente, porém, esse é um fato admitido por aqueles que mais acreditam" (1987: 303).

exercido pela sociedade sobre o indivíduo" (a edição aqui utilizada é a Penguin Classics, 1974: 59, e a citação acima foi extraída da frase inicial do ensaio). Contudo, ao menos na superfície, há uma certa ambigüidade em sua construção dos princípios diretivos, o que nos leva a pensar na tese dos "dois Mills": parece haver dois princípios centrais ao ensaio, cada qual tido como supremo.

Primeiro, Mill anuncia que vai enunciar um princípio como padrão de aferimento da relação entre liberdade (autonomia) e autoridade:

> O objetivo deste ensaio é o de enunciar um princípio muito simples, que permite controlar incondicionalmente as relações entre a sociedade e o indivíduo no sentido de compulsão e controle, quer os meios utilizados sejam a força física, na forma de penalidades legais, quer a coerção moral da opinião pública.

Seu verdadeiro princípio veio a ser conhecido como o *princípio de dano* (ou princípio de liberdade).

> Esse princípio é o de que a autodefesa é o único fim que justifica que a humanidade, individual ou coletivamente, possa interferir na liberdade de ação de qualquer um de seus membros; que o único objetivo em cujo nome o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é o de impedir o dano aos demais. Seu próprio bem, tanto físico quanto moral, não é justificação suficiente (*ibid.*: 68).

A adesão a este princípio possibilita uma forma de vida social que amplia a liberdade; inversamente, se os indivíduos ou o colegiado (o governo) interferirem continuamente com as outras pessoas, torna-se impossível instituir uma forma de vida social liberal. Deve-se conceder ao indivíduo um espaço "social" privado no qual ele possa agir como quiser, e o que um indivíduo faz não é da conta do governo nem de qualquer outra pessoa, na medida em que ele não cause dano a outras pessoas no sentido relevante a ser definido. Com o tempo, isto passou a significar "na medida em que o indivíduo não interfira nos direitos dos outros".

Mill estabelece uma distinção crucial entre *dano* e *ofensa*. A interferência nas atividades de um indivíduo não se justifica pelo fato de outras pessoas não gostarem do que o indivíduo está fazendo; na verdade, é preciso haver dano no sentido de que sofram uma interferência física, ou que a interferência se volte contra seus direitos de propriedade e outros direitos patrimoniais. À parte esses exemplos, as atividades de um indivíduo não são da conta de ninguém.

Esse é um princípio vital que se tornou um dos princípios fundamentais dos Estados liberais modernos[29]. Para justificar o controle e a coerção do Estado sobre a con-

29. O princípio extrai sua plausibilidade social de seu "ajuste" ao progresso social do desenvolvimento da diferenciação na modernidade ocidental – uma imagem de desenvolvimento social que o primeiro sociólogo "oficial", o francês Émile Durkheim, interpretava como o resultado de uma crescente divisão do trabalho e uma divisão da existência social em uma pluralidade de esferas sociais. A diferenciação crescente exige

duta individual, é necessário que a conduta que procuramos coibir produza danos a outros cidadãos. A sociedade só pode controlar aquela parte da conduta do indivíduo que afeta outras pessoas. As partes que só dizem respeito a ele próprio e à satisfação de seus desejos pertencem à esfera do domínio do indivíduo sobre si próprio, sobre sua mente e seu corpo – o indivíduo é soberano em seu domínio privado. Mill define toda uma esfera de ação inscrita por esse princípio. O princípio permite a criação de uma esfera reflexiva, ou de atenção aos próprios interesses, que a sociedade discriminou para o indivíduo e pela qual o Estado só tem um interesse indireto. Essa esfera compreende:

> Primeiro, o domínio interior da consciência, que exige liberdade em seu sentido mais abrangente: liberdade de pensamento e sentimento, liberdade absoluta de opinião e discernimento em todas as questões práticas ou especulativas, científicas, morais e teológicas.

À primeira vista, afirma Mill, pode-se pensar que "a liberdade de expressar e publicar opiniões pertence à esfera de um princípio diferente, uma vez que pertence àquela parte da conduta de um indivíduo que diz respeito às outras pessoas". Contudo, a liberdade de publicar é tão importante, ou quase tão importante, quanto a liberdade de consciência. Na prática, o mesmo raciocínio é inevitável.

> Segundo, o princípio exige liberdade de preferências e ocupações, de traçarmos um projeto para nossas vidas que esteja de acordo com nosso próprio caráter, de fazermos o que quisermos, sujeitos às conseqüências que podem advir, livres de obstáculos interpostos por nossos semelhantes na medida em que nossos atos não os prejudiquem mesmo quando possam considerar nossa conduta como tola, perversa ou equivocada.

Precisamos ser livres para conceber nossas vidas como projetos, e cada um de nós "deve" ter o espaço social para desenvolver e dedicar-se a nossos projetos de vida sem interferências, na medida em que não causemos danos aos demais.

que a moralidade incorpore a grande diversidade que decorre do fato de as pessoas terem ocupações e moralidades muito diferentes, o que acontece ou porque elas têm moralidades profissionais, ou concepções morais amadurecidas que são relevantes para as pessoas em seus papéis sociais específicos ou nos demais aspectos de suas vidas. Não existe um conjunto de crenças morais fundamentais, únicas ou simples, que configurem uma *consciência coletiva* simples e uniforme, estabelecendo uma orientação abrangente para a população toda. Ao contrário, a substância daquilo que as pessoas deveriam fazer moralmente é ambígua. O princípio de Mill se ajusta à imagem de Durkheim daquilo que este chamava de *consciência coletiva* (cf. Cotterrell, 1995: cap. 9), e que antevia como algo passível de tornar-se uma entidade mais problemática nas condições da modernidade avançada (solidariedade orgânica). Há uma necessidade de orientação e de se impor limites ao que as pessoas fazem; mas elas vivem sob diversas condições e diferentes estilos de vida, e provêm de ambientes sociais diferentes. Desenvolvem atividades diferentes (diferentes projetos), o que se deve permitir desde que, concretamente, não causem dano a outras pessoas. Se não o causarem, o Estado não deve nem interferir em suas vidas nem determinar o modo como devem viver.

> Terceiro, dessa liberdade de cada indivíduo segue-se a liberdade, dentro dos mesmos limites, de combinação entre os indivíduos; a liberdade de unir-se tendo em vista qualquer objetivo que não acarrete dano aos outros. Espera-se que os que se unem já tenham chegado à maioridade, e que não sejam forçados ou enganados.

Portanto, os indivíduos também devem desfrutar a liberdade de interagir, de reunir pessoas que agem consensualmente entre si, sempre a partir do pressuposto de que não prejudiquem outros indivíduos. Mill assim resume sua doutrina:

> A única liberdade digna desse nome é a de lutar por nosso próprio bem do modo como nos parecer melhor, desde que não tentemos privar os outros do que é bom para eles, nem colocar obstáculos a seus esforços por consegui-lo. Cada um é guardião de sua própria saúde física, mental ou espiritual. A humanidade ganha muito mais ao permitir que cada um viva como lhe parece melhor do que ao forçar cada um a viver como parece melhor para os demais (todas as citações extraídas de 1974: 71-2).

Mill está convencido de que sua "doutrina opõe-se categoricamente à tendência geral da opinião e da prática correntes". Da mesma forma, opõe-se à tendência do utilitarismo benthamista para a "disciplina". Mill admite que o interesse das antigas repúblicas pela "disciplina física e mental de cada um de seus cidadãos" pode ter sido admissível em uma pequena cidade-Estado cercada por inimigos; contudo, o Estado do mundo moderno desenvolvido, em particular a maior dimensão e separação entre a autoridade temporal e a espiritual (e a ascensão das consciências individuais) ofereciam a potencialidade de novas liberdades, bem como de técnicas e desejos que, individualmente, poderiam extinguir-se[30].

Que dizer, então, do poder diretivo do princípio de utilidade? Mill o terá destruído enquanto princípio que se destinava a fornecer o padrão condutor da modernidade? De início, *A liberdade* parece um enigma a esse respeito. Primeiro, Mill afirmou que deve haver um princípio fundamental a conduzir a interação social moderna, e propôs os princípios de liberdade ou dano como tal princípio – apresentando-o sem ressalvas ou meio-termo –, mas então, na página seguinte, apresentou outro candidato. Ali, afirmou:

> Vejo a utilidade como o recurso supremo de todas as questões éticas, mas deve tratar-se de utilidade no sentido mais amplo, baseado no interesse do homem enquanto ser progressista (*ibid.*: 70).

À primeira vista, deparamo-nos com dois princípios fundamentais possíveis. Por que o contraste? Estaremos diante de uma prova da tese dos "dois Mills"?

30. Na mesma seção, Mill se empenha em criticar a nova "religião da humanidade" proposta por Auguste Comte (1973; 1974), cujos textos haviam estado entre as principais leituras de Mill durante sua primeira crise pessoal. Conquanto se inclinasse favoravelmente à concepção comtista de que precisávamos de novas bases para a solidariedade social, passou a ver como totalitária a pressão moral que Comte propunha.

A COMPLEXA INTERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DE LIBERDADE E O UTILITARISMO GERAL

Em *A liberdade* existem todos os tipos de conflito aparente entre os princípios de liberdade e utilidade. O próprio Mill descreve várias situações potenciais nas quais se pode depreender que a maioria interfere; algumas são aparentemente bastante triviais, outras impressionantes. Ele descreve o caso dos países muçulmanos que proíbem a ingestão de carne de porco inclusive por parte dos cristãos que por acaso neles vivam, ou de países católicos que se opõe ao casamento dos padres. A ingestão de carne de porco e o casamento dos padres são fatos que Mill situa na esfera da atenção aos próprios interesses. Em outras palavras, desde que o que se come não prejudique os outros, ainda que se sintam ofendidos, desde que não ocorra dano algum, ninguém tem o direito de interferir. Portanto, o dano, e não a ofensa, legitima a interferência.

A aceitabilidade do utilitarismo foi muito ajudada pela publicação da obra *Utilitarianism* [Utilitarismo] em 1861, só dois anos depois da publicação de *A liberdade*. Muitas das mais impressionantes e importantes aplicações desta última têm enfatizado o conflito entre individualismo e utilitarismo, ou entre o princípio de dano e o utilitarismo. O princípio de Mill tem sido um ponto de referência constante nos debates sobre a criminalização ou descriminalização de práticas como o consumo de drogas ou a homossexualidade (no famoso debate entre H. L. A. Hart e lorde Devlin, que se seguiu à publicação do Relatório Wolfenden (*Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1957). Hart adotou explicitamente a posição de Mill[31], enquanto Devlin argumentava que devemos estar preparados para usar o sistema jurídico em defesa de uma moralidade fundamental:

> (...) sociedade significa uma comunidade de idéias; sem idéias comuns sobre política, moral e ética, nenhuma sociedade pode existir (...) elas não podem ficar à margem da sociedade em que vivemos (Devlin, *The Enforcement of Morals* [A imposição da moral], 1965: 10).

31. No debate entre Hart (*Law, Liberty and Morality*, 1963: esta ampla defesa do liberalismo da teoria jurídica e crítica do "moralismo judicial" talvez seja a melhor obra de H. L. A. Hart, sem dúvida superior a *The Concept of Law*) e lorde Devlin sobre a descriminalização da homossexualidade, Devlin apresentou um critério para o que deveria ou não ser descriminalizado em termos daquilo que *ofendesse profundamente o homem sensato*. Em parte, tal postura se assemelha intelectualmente à da análise durkheimiana de que as coisas são criminais quando chocam a consciência coletiva. Devlin usa um argumento utilitarista categórico, citando casos (por exemplo *Bowman vs. The Secular Society*, [1917] AC 406) para demonstrar a opinião judicial anterior de que o direito deve intervir e fazer cumprir a moralidade de modo que salvaguarde áreas "essenciais a sua existência". Devlin, portanto, defendia a intervenção do Estado e esperava que este criminalizasse certos atos independentemente do dano que na verdade viessem a provocar. Nos termos da argumentação de Devlin é melhor, para o bem da comunidade, banir certas práticas. Ainda que na origem do debate estivesse a homossexualidade, que, como Devlin parecia sugerir, ofendia profundamente o público, ele terminou por conter sua aparente aversão à homossexualidade para aceitar que o direito fosse moderado.

Devlin era um essencialista moral refinado; parecia acreditar que os princípios morais nunca mudam; o que muda é a tolerância pública relativa ao desvio deles[32]. O liberal milliano pode ser mais cético com relação à tese de uma base ou existência atemporais desses padrões morais. Essa diferença "epistemológica" pode ajudar-nos a entender muitos dos outros conflitos entre liberdade e utilidade que se evidenciam na modernidade tardia; por exemplo, os debates sobre paternalismo de Estado ou legislação sobre saúde e segurança. O princípio de dano parece especificar que os governantes não podem autorizar a intervenção coercitiva em nome do bem da própria pessoa; contudo, ao menos a partir de certas concepções políticas, uma parte substancial da administração do Estado assistencial moderno interfere nas escolhas que as pessoas fazem tendo em vista seu próprio bem[33]. Até que ponto serão esses tipos de leis uma invasão da escolha de um estilo de vida, e quais serão seus limites? Em que medida essa linha de pensamento deve prosperar? Será preciso, por exemplo, proibir os alimentos gordurosos? Fumar deve ser proibido?

A existência de dois princípios antagônicos em *A liberdade* será uma contradição real ou apenas mostra aspectos diversos de uma totalidade complexa? Para responder a essa pergunta é preciso situar, respectivamente, os papéis dos princípios de liberdade e utilidade na imagem de Mill do desenvolvimento da modernidade. Mill apresenta uma narrativa da modernidade na qual a liberdade – no sentido definido pelo princípio de dano – e a criação de uma esfera voltada para o próprio interesse levarão a uma diversidade cada vez maior de estilos de vida, opiniões e conhecimentos. Não se trata de uma imagem neutra; há uma ligação específica entre a questão de por que é desejável ter esse tipo de liberdade e o que há de bom na diversidade.

O argumento ocorre primeiro no nível da liberdade de pensamento e opinião, e passa para outro nível que Mill chama de experiências de vida. No nível da liberdade

32. É possível que a preocupação básica de Devlin fosse na verdade o niilismo, ou a perspectiva das conseqüências se a contingência e a arbitrariedade potencial da vida social fossem reveladas. A experiência do niilismo surge com a percepção de que não existe uma maneira obrigatória de perceber as coisas. As crenças que alguém tinha anteriormente, seus objetivos e fins parecem ser aviltados, e a unidade de propósito da vida social se dilui. Devlin parecia sugerir que, se os princípios morais basilares de uma sociedade fossem vistos como contingências, então a sociedade entraria em colapso. Apresentou três princípios para harmonizar o impulso de Mill com seu próprio desejo de estabilidade: (i) máxima liberdade compatível com integridade social; (ii) o direito deve ser lento ao mudar sua postura moral, pois tem de preservar os fundamentos morais da sociedade; (iii) a privacidade deve ser respeitada ao máximo possível.

33. Por exemplo, as leis que regem o uso dos cintos de segurança. Poderíamos argumentar que se trata de uma interferência em nossa liberdade de dirigir sem ter de usar o cinto de segurança. Sem dúvida, porém, há uma justificação utilitarista, isto é: se as pessoas não usassem os cintos, muito mais gente morreria em acidentes de trânsito, e os serviços de saúde gastariam muito mais dinheiro com a maior incidência de acidentes. O mesmo argumento se aplica aos capacetes para motos. Acredita-se que os cálculos utilitaristas acerca do número de vidas poupadas se os capacetes forem usados, ou se o mesmo ocorrer com os cintos de segurança, justifiquem a criação e a aplicação de tal legislação.

de pensamento e opinião, Mill argumenta que na verdade existem quatro razões pelas quais é preciso tolerar outros tipos de opinião além daqueles com os quais estamos de acordo.

> Primeiro, se qualquer opinião for forçada ao silêncio, tal opinião pode, até onde sabemos, ser verdadeira. Negar tal fato equivale a presumir nossa própria infalibilidade.
>
> Segundo, ainda que a opinião silenciada estiver errada, poderá – o que muito comumente acontece – conter um fragmento da verdade; e, como a opinião geral ou corrente sobre qualquer assunto raramente (ou nunca) contém a verdade toda, é apenas através do choque de opiniões contrárias que se dá alguma possibilidade de completar o conhecimento da verdade.
>
> Terceiro, ainda que a opinião aceita não seja apenas verdadeira, mas a verdade toda; a menos que se lhe permita ser, e que na verdade o seja, vigorosa e seriamente contestada, será considerada como um preconceito pela maioria dos que a recebem, com pouca compreensão ou sensibilidade por suas bases racionais. E não apenas isso, mas...
>
> Quarto, o significado da própria doutrina estará em risco de perder-se ou debilitar-se, bem como de privar-se de seu efeito vital sobre o caráter e a conduta: o dogma será professado apenas formalmente, ineficaz para o bem, mas capaz de contaminar a base e impedir o desenvolvimento de qualquer convicção real e sincera que provenha da razão ou da experiência pessoal (1974: 115-6).

A vida numa sociedade que permite a diversidade de opinião é um fenômeno existencial diferente da vida numa sociedade fechada. Mill está preocupado em criar as condições que permitam o desenvolvimento de livres-pensadores, e nas quais o pensamento possa libertar-se do despotismo do costume.

> Entre as obras do homem nas quais a vida humana é devidamente empregada para aperfeiçoar e embelezar, a primeira em importância é certamente o próprio homem (*ibid.*: 123).
>
> A verdade ganha mais com os erros daquele que, com estudo e preparo, pensa por si próprio, do que com as opiniões daqueles que só as têm porque não se dão ao trabalho de pensar (*ibid.*: 95).

As pessoas deviam criar suas próprias idéias ao pensarem por si mesmas, contestando as alternativas que se lhes apresentam. Alguma coisa de valor vem à tona a partir dessa diversidade de argumentos, ainda que muitas das opiniões sejam equivocadas. Se uma pessoa argumenta com idéias e posições que lhe são próprias, ela se liberta do despotismo do costume e alcança a individualidade racional[34]. Só

34. Mill (*ibid.*: 123) argumenta implicitamente contra a combinação bentamista de utilidade e disciplina, deduzindo qual é o valor se tivermos alcançado superioridade tecnológica mas também criado pessoas que são "autômatos em forma humana". "A natureza humana não é uma máquina a ser construída segundo um modelo e obrigada a fazer exatamente o trabalho que lhe for determinado, mas sim uma árvore que precisa crescer e desenvolver-se por todos os lados, em conformidade com a tendência das forças internas que dela fazem uma coisa viva."

nos tornaremos mais plenamente humanos no futuro se não formos programados como algum tipo de máquina, mas pudermos nos desenvolver de muitas maneiras diversas. A humanidade deve ter diferentes projetos de vida e idéias antagônicas sobre o sentido da vida. Tanto nos pensamentos quanto no modo de viver, a diversidade vai gerar a individualidade. A reflexão é crucial:

> Se o cultivo do entendimento consiste mais em uma coisa que outra, trata-se certamente da aquisição dos fundamentos das próprias opiniões (*ibid.*: 97).

Tampouco devemos admitir a racionalidade de nossas crenças pelo simples fato de já existirem há muito:

> A tendência fatal da humanidade em deixar de refletir sobre uma coisa quando ela já deixou de gerar dúvidas é a causa de metade de seus erros (*ibid.*: 105).

Os dois princípios associam-se e operam conjuntamente em nome do progresso social. Depois de enfatizar a diferença entre sua posição e a de Bentham ao afirmar que precisávamos distinguir a qualidade e a quantidade da utilidade, Mill argumenta que existem formas superiores e inferiores de utilidade. As formas superiores são as que, para um indivíduo, provêm do autoquestionamento, da experiência de argumentar e examinar criteriosamente concepções e estilos de vida alternativos. É uma utilidade que decorre da experiência da diversidade e complexidade. Mill argumenta implicitamente que certas condições sociais são necessárias para que, a longo prazo, os indivíduos possam desfrutar da utilidade nesse sentido mais alto. A longo prazo, a liberdade é muito importante para a utilidade no sentido mais alto; a liberdade produz os tipos de diversidade que nos deixam livres para criar diferentes formas de vida e novas tecnologias.

O PRODUTO FINAL DA INTERAÇÃO ENTRE LIBERDADE E UTILIDADE É O PROGRESSO SOCIAL

A liberdade e a reflexão levam a sociedade a um nível superior. A experiência de vida do indivíduo deve, portanto, tornar-se uma questão de alternativas sobre as quais ele possa refletir[35]. Para Mill, a vida deve ser autocriativa e escolhida pelo próprio indivíduo a partir das exigências conflitantes de todas as possibilidades alternativas em oferta. Escolhemos nossa trajetória de vida, desenvolvemos nossos projetos de

35. Assim, a posição é a de que a liberdade produz diversidade, que produz a individualidade moderna, que produz utilidade no mais alto sentido. Este é um argumento baseado no interior de uma sociedade na qual as pessoas estão continuamente perguntando e questionando: "Por que estamos aqui?", "Por que estamos vivendo assim?", "Por que nós, estudantes de direito, estamos loucos para nos tornar advogados?", "Como vai indo minha vida?", "Que tipo de pessoa sou?" e "Que significo eu?"

vida com base na consciência que temos dessas alternativas e, assim como com a liberdade de pensamento aprendemos a partir dos erros dos outros, com a experiência da diversidade aprendemos a partir da comparação entre nossos pensamentos e experiências e os dos outros. Aprendemos ao testemunhar os erros e os acertos das vidas alheias, do mesmo modo que aprendemos a partir dos argumentos certos e errados de nossos semelhantes. Estamos a serviço da utilidade ao trilharmos esse caminho socrático escolhido por nós mesmos, questionando-nos e dirigindo-nos por nossa própria conta e risco. Além do mais, a longo prazo podemos também servir à utilidade em seu sentido superior.

Isso exige uma cuidadosa demarcação das áreas nas quais as pessoas se deparam com a diversidade. O princípio de dano de Mill tenta configurar o direito no sentido de que a legalidade demarca um espaço social em que os indivíduos possam desenvolver-se com liberdade de opção, com limites definidos ao se evitar a interferência que prejudique os demais. Portanto, a criatividade da teoria que Mill oferece ao direito permite que este constitua o espaço da individualidade; mas também devemos ter consciência de quão limitado é o papel que o direito escrito ou do Estado desempenha no controle social. Mill tinha aguda consciência daquilo que chamava de direito não escrito – convenção social – e, se nos esquecêssemos do papel da opinião social ou do impacto dos meios de comunicação de massa, estaríamos ignorando uma fonte vital de opressão social.

OS PAPÉIS RESPECTIVOS DO DIREITO ESCRITO OU DO ESTADO E DO DIREITO NÃO ESCRITO E A NECESSIDADE DE TOLERÂNCIA

O uso de sanções foi exigido para fazer cumprir as leis oficiais ou do Estado, mas as sanções sociais – o ostracismo, por exemplo – atendiam a leis não escritas. Mill argumentava que as pessoas poderiam ser reprimidas por leis não escritas e sanções sociais ainda mais do que por leis oficiais. Fica claro que Mill sentia uma profunda repugnância pela estreiteza mental da sociedade vitoriana, e que defendia a tolerância por sentir que a liberdade, a individualidade e a pluralidade tinham um valor ético superior ao da conformidade e da padronização; faziam do homem um ser "de mais digna contemplação".

James Fitzjames Stephen e a defesa da intolerância

A liberdade, de Mill, foi amplamente atacado pelo juiz vitoriano James Fitzjames Stephen (*Liberty, Equality, Fraternity* [Liberdade, Igualdade, Fraternidade], 1861). Stephen defendia a intolerância, argumentando que sua prática preservava a sociedade da violação da lei. Sua escolha do termo "intolerância" talvez tenha sido um erro, e Stephen costuma ser rejeitado como um reacionário (alguns de seus seguidores deram preferência à linguagem da ordem social, da disciplina, da autoridade

ou da necessidade de controle social em oposição ao princípio de liberdade de Mill). Contudo, Stephen põe em foco um *insight* sociológico crucial: o funcionamento do Estado ou das leis oficiais depende de sua adequação às leis não escritas ou não oficiais que operam na sociedade. Para Stephen, o Estado liberal vitoriano só era possível graças à disciplina social imposta pelas leis não escritas. Em sua opinião, a sabedoria de todas as épocas estava codificada nessas leis e, portanto, a intolerância social era um mecanismo de proteção natural. Além disso, Stephen discordava de Mill quando este clamava por uma categoria de ações voltadas para o próprio interesse, as quais deviam ser toleradas desde que não causassem dano a ninguém. Ele argumentava que tal postura era demasiado atomística; quase tudo o que uma pessoa fazia afetava as demais. O suicídio, a libertinagem e o consumo de drogas não prejudicavam apenas aqueles que os praticavam; portanto, a sociedade tinha o direito de interferir para proteger os outros e a si mesma. Além do mais, Mill parecia ser otimista demais na opinião que fazia das pessoas comuns; Stephen achava que a massa humana era excessivamente mal-educada para poder criar códigos morais próprios, e tampouco tinha a força de caráter necessária para obedecer aos códigos que desse modo houvessem criado. Assim, as sanções sociais externas eram necessárias para se manter a moralidade. Por último, Stephen rejeitava a concepção milliana de que a pluralidade e a diversidade seriam boas em si mesmas. O fato de a virtude assumir diferentes formas não significava que a variedade fosse sinônimo de virtude. Uma nação de degenerados demonstraria mais variedade, mas seria também mais criminosa e, desse modo, nunca chegaria a ser uma nação melhor. Em razão disso, Stephen estigmatizava a dissensão e a variação como comportamentos tolos e frívolos.

É POSSÍVEL TRAÇAR FACILMENTE AS FRONTEIRAS ENTRE DANO E OFENSA?

Seremos capazes de estabelecer facilmente uma distinção entre dano e ofensa? Em seu livro *Harm to Others* (1948), o professor norte-americano Joel Fienburg apresentou uma lista de exemplos nos quais nos deparamos com a questão de saber em quais casos a ofensa se converte em dano. Ele apresenta, por exemplo, toda uma série de coisas desagradáveis que uma pessoa pode fazer dentro de um ônibus: desde a simples leitura de um jornal que não agrada aos outros passageiros e música tocada em alto volume até a masturbação, a relação sexual completa e o sexo com animais. Esses exemplos se destinam a examinar as diferenças entre ser simplesmente alvo de uma ofensa e sofrer algum dano. Esse é o ponto crucial do princípio de dano ou liberdade de Mill, só que aqui em outros trajes. Entretanto, até certo ponto a metáfora dessas coisas desagradáveis praticadas dentro de um ônibus contesta os proponentes da sociedade individualista moderna. Ficamos a nos perguntar se a sociedade poderia, de fato, ser coerente sem algum controle sobre a conduta pública con-

denável. A experiência de instituições como o movimento do *Living Theatre** ou, de maneira diversa, ao surrealismo do *Théâtre de Complicité***, consiste em contestar e, através da transgressão, demonstrar a força do desempenho convencional de papéis e das expectativas do comportamento cotidiano.

A questão é complexa e seu objeto instável: a linha divisória entre dano e ofensa é uma medida de variação em que o ponto crucial da distinção é evidentemente muito sutil. Hoje, muitos temem que esse processo tenha ido longe demais – em todo o mundo ocidental apresentam-se argumentos conservadores afirmando que o Ocidente perdeu o senso de autoridade e que, em decorrência disso, deixou de ter coesão social. Por outro lado, pergunta-se, haverá de fato uma sociedade coesa que tenha alcançado uma grande diversidade e cujo povo esteja engajado em diversas experiências de vida? Os excêntricos argumentam que não somos suficientemente tolerantes[36].

O OTIMISMO DE MILL A PROPÓSITO DA MODERNIDADE

Mill era um otimista; acreditava que as experiências de vida reais poderiam ser sintetizadas por uma sociedade vibrante que poderia experimentar um amplo nível de diversidade e, ainda assim, ser coerente, e que isso produz utilidade em seu sentido superior. Contudo, se não se pretende que a liberdade e a utilidade entrem em conflito, precisamos de tolerância e de uma concepção narrativa do progresso social. A questão é: a diversidade e a liberdade vão produzir tolerância ou ressentimento? Se produzirem ressentimento, este poderá então levar a formas coercivas de controle social; a forma de dinâmica social que nasce da diversidade pode ser imprevisível. Muitos talvez procurem dar as costas às experiências de diversidade e liberdade. Mill imaginava que, a longo prazo, serão instauradas a compreensão e a tolerância mútuas; as pessoas aprenderão com as experiências de vida de seus semelhantes. Ao permitir diferentes estilos de vida, por mais que se possa discordar deles de início, a longo prazo a sociedade passará por um avanço na qualidade da argumentação

* Pioneiro do movimento *off-Broadway* nos anos 50, o Living Theatre de Julian Beck e Judith Malina marca um movimento de vanguarda altamente renovador na dramaturgia ocidental. Foi um teatro de ruptura que forçou os cânones tradicionais, aos quais se acrescentava a contestação política. O Living Theatre esteve no Brasil na década de 70; seus membros foram presos em Ouro Preto, onde permaneceram por dois meses até serem expulsos do Brasil pelo presidente Médici. (N. do T.)

** Companhia fundada em Londres, em 1983, por Annabel Arden, Simon McBurney e Marcello Magri. O grupo desenvolveu um tipo de "teatro total" que utilizava experimentalmente a mímica, a improvisação, as técnicas da *commedia dell'arte* e da atuação dos palhaços, e as acrobacias, mesclados às formas mais tradicionais de teatro, inclusive o teatro *No*. (N. do T.)

36. Atualmente faz-se grande uso retórico da década de 60, tida como "permissiva". Afirma-se que foi uma época de experimentação e diversidade social, mas os anos 60 podem muito bem ter produzido a reação da maioria moral, as exigências de um tipo de conformidade opressiva e coerciva e a indignação diante das pessoas rotuladas de "estranhas", atitude que se tornou comum em nossos dias.

moral e política. Através da liberdade de pensamento e de expressão, aprenderemos com o "outro"; ao sermos tolerantes com ele, ao permitirmos a diferença e a diversidade, estaremos tecendo um tipo de rede básica que cria uma nova forma de solidariedade social.

De que modo isso se reflete na questão da justiça? Talvez estejamos afirmando que a solução do problema da justiça seja uma função da imagem da natureza humana e da existência social. Mill parece otimista diante do pressuposto de que, se de fato houvesse sociedades centradas na liberdade e na diversidade, em experiências de vida e na individualidade, as pessoas teriam uma existência com um mínimo de ressentimento. Contudo, a previsão apavorante para o futuro é que a sociedade pudesse desintegrar-se; não serviria à utilidade no sentido superior, mas em vez disso produziria divisões drásticas entre a liberdade e a utilidade. Não há uma resposta fácil. O modo de enfrentar esse problema pode ser uma questão de otimismo ou pessimismo quanto ao desenvolvimento das sociedades modernas.

QUE DIZER DA IDÉIA DE UMA CIÊNCIA DA SOCIEDADE? O PRINCÍPIO DE LIBERDADE SIGNIFICA QUE NENHUMA CIÊNCIA É POSSÍVEL? A PROCURA DA VERDADE FORNECE O MODELO PARA A SOCIEDADE ABERTA

> Se todas as pessoas, com exceção de uma, tivessem uma única opinião, a humanidade não estaria mais justificada ao silenciar tal pessoa do que esta, caso tivesse o poder de fazê-lo, estaria justificada ao silenciar a humanidade (...).
>
> O mal característico de silenciar a expressão de uma opinião está no fato de se espoliar a raça humana, a posteridade e a geração atual – aqueles que discordam da opinião, ainda mais do que aqueles que a defendem. Se a opinião estiver correta, eles serão privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se estiver errada perderão – o que quase equivale a uma grande vantagem – a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade produzidas por seu embate com o erro (*ibid.*: [1859] 1974: 76).
>
> Há uma enorme diferença entre se pressupor que uma opinião é verdadeira porque, com todas as oportunidades de se contestá-la, ela não foi refutada, e pressupor sua verdade com o objetivo de não permitir sua refutação. A liberdade total de contradizer e refutar nossa opinião é a condição mesma que nos justifica ao presumirmos sua verdade tendo em vista a prática de uma ação; e não existem outros termos nos quais um ser dotado de faculdades humanas possa ter qualquer certeza racional de estar certo (*ibid.*: 79).

O panóptico pode ter exercido tanto fascínio sobre o utilitarismo benthamista porque Bentham parecia ter poucas dúvidas sobre a "verdade" de sua posição[37]. Tendo chegado meio século depois, a filosofia social de Mill era um reflexo de uma epistemologia mais "liberal"; os seres humanos não podem conhecer a verdade ab-

37. O mesmo se pode dizer da filosofia jurídica de John Austin, cf. capítulo 9 do presente texto.

soluta de maneira inequívoca. Sua conciliação do princípio de dano com o utilitarismo permite o desenvolvimento de um grande número de práticas de vida. Esperava-se que, desse modo, viessem a florescer formas de vida social eficazes e meritórias. O que está em jogo é saber quem pode dizer a "verdade" da vida social. E o que é a verdade? Que condições socioestruturais são necessárias para se permitir o surgimento de possibilidades futuras para a existência humana? A máxima de Hume segundo a qual os seres humanos só são tão bons quanto suas instituições contém a solução do problema – uma sociedade progressista requer uma ordem jurídica e um conjunto de instituições sociais e políticas que permitam o desenvolvimento da tolerância, da diversidade e do pluralismo – em qualquer época serão inimigos do liberalismo todos os que procurarem, sob a alegação de algum conhecimento superior, eliminar o pluralismo em nome da pureza e da certeza. O que estará, porém, na base do liberalismo? O liberalismo deve fundar-se no ceticismo? Pode-se afirmar que isso não oferece defesa alguma contra aqueles que enfatizariam a fragilidade do pluralismo para a tomada de decisões?

Quando Mill passou por uma crise pessoal e questionou seu utilitarismo, voltou-se, entre outros, para os escritos de Comte e Coleridge, dos quais extraiu diversas conclusões:

> Que a mente humana tem uma certa ordem do progresso possível na qual algumas coisas devem preceder outras, uma ordem que o governo e as autoridades públicas podem modificar até certo ponto, mas não indefinidamente; que todas as questões das instituições políticas são relativas, não absolutas, e que as diferentes etapas do progresso humano não apenas terão, como deverão ter, diferentes instituições; que o governo está sempre ou nas mãos, ou passando para as mãos de qualquer que seja o poder mais forte de uma sociedade, e que a natureza de seu poder não depende das instituições, mas estas dele dependem; que qualquer teoria ou filosofia geral da política pressupõe uma teoria anterior do progresso humano, e que o mesmo se pode dizer de uma filosofia da história (*Autobiography*, 1873: 162, citado em Sabine e Thorson, 1973: 649).

Voltamos a Hume: para ser realista, o entendimento filosófico precisa tanto de uma consciência histórica quanto da complementação de um conhecimento empírico da situação humana – de uma sociologia. A psicologia individualista na qual, em boa parte, o liberalismo de fins do século XIX se fundamentava, precisava casar-se com uma análise histórica do desenvolvimento das instituições sociais e da racionalidade que lhes era inerente[38].

38. Críticos favoráveis a Mill têm sugerido que o filósofo extraiu três lições das leituras que fez durante suas crises: (i) não basta simplesmente criticar as instituições, leis e diretrizes políticas; a crítica deve ser acompanhada por propostas de alguma coisa melhor; (ii) a tática bentamista de descartar os que defendiam instituições obsoletas como se apenas defendessem interesses pessoais era um erro, uma vez que as práticas e instituições que hoje eram obsoletas no passado haviam servido a um fim social, e as pessoas que as defendem ainda vêem nelas aspectos positivos; portanto, o reformador deve trabalhar com esses aspectos positivos e mostrar a tais pessoas de que modo a reforma pode tornar as coisas ainda melhores; (iii) a tática do reformador deve adaptar-se à época e ao lugar em que ele vive. Os ingleses viam com desconfiança o discurso especulativo ou sistemático; portanto, o reformador teria maiores possibilidades de sucesso ao concentrar-se em questões particulares, e só lentamente tentar introduzir princípios mais gerais.

Estas talvez tenham sido as táticas de Mill, e o fato de que ele talvez tenha renunciado voluntariamente a escrever uma formulação de seus princípios políticos e sociais gerais – preferindo, em vez disso, escrever ensaios sobre temas específicos – pode ter favorecido sua recepção entre os ingleses, mas também dado origem à impressão de que ele podia defender pontos de vista contraditórios.

A FILOSOFIA LIBERAL PRECISA SER COMPLEMENTADA COM O DISCERNIMENTO HISTÓRICO E SOCIOLÓGICO

A idéia da evolução estava solidamente arraigada no espírito dos meados da época vitoriana, e, em sua idéia de progresso, muitos se voltavam para uma concepção grosseira da evolução por etapas inevitáveis do desenvolvimento humano. Contudo, enquanto Mill acreditava que as instituições inglesas deviam espalhar-se pelo mundo, o determinismo evolutivo em estado bruto era alheio a sua obra. Ao contrário, "ele assimilara duas idéias que eram ao mesmo tempo bem fundadas e importantes. A primeira era o fato de que as instituições políticas dependiam das instituições sociais, e a segunda era a natureza psicológica da sociedade" (Sabine e Thorson, 1973: 650). Quando se compreende isso, a idéia de Austin de "hábitos de obediência" (ver capítulo 9 deste livro), usada para caracterizar um aspecto da soberania, torna-se um modo de comportamento induzido por uma instituição social. Da mesma forma, os argumentos adotados por Austin e pelo pai do próprio Mill sobre as atitudes psicológicas associadas ao trabalho e ao consumo não são naturais ou imutáveis, mas antes os efeitos da ordem capitalista. Além do mais, *A liberdade* apresenta a tese de que o governo liberal depende do respeito social e moral pela individualidade e pela liberdade.

Vejamos quais são as implicações dessa combinação de individualidade e liberdade. Não se trata de liberdade no sentido de cada um desempenhar seu papel na máquina bem azeitada do utilitarismo benthamista, nem da *eudaemonia* da tradição aristotélica clássica, nem do comunitarismo expressivo de Rousseau e Hegel. Ao contrário, essa liberdade "liberal" é a possibilidade prática, para cada indivíduo, de perseguir sua felicidade como lhe parece melhor, de voltar sua vida para um conjunto de projetos pessoais e procurar concretizá-los. Desse modo, o pluralismo liberal parece distanciar-se da tese de que existe uma concepção substantiva e única do bem comum que a sociedade deve expressar e corporificar. É muito fácil afirmar tudo isso de forma negativa: uma forma em que a liberdade liberal se assemelha a uma liberdade vazia e sem raízes, "desfrutada" no âmbito das regas jurídicas de um jogo comercial essencialmente predatório – uma sociedade de mônadas atomísticas e egoístas. Contudo, isso também pode ser expresso de forma afirmativa; a sociedade liberal realmente representa certos valores: não é neutra, uma vez que a própria recusa em evitar uma imagem de perfeição humana equivale à adoção de uma ima-

gem diferente do desenvolvimento social humano. Negligenciar as representações positivas (deixando-as permanecer na esfera dos pressupostos mitológicos ou tácitos, *cf.* Fitzpatrick, 1992) pode tornar-se um erro da teoria jurídica liberal, particularmente no contexto da tradição do positivismo jurídico. As obras contemporâneas sobre filosofia jurídica, por exemplo as de Ronald Dworkin, argumentam claramente que o positivismo jurídico falhou a esse respeito[39]; contudo, ao fazê-lo nos termos de uma orientação expressamente normativa, Dworkin não consegue levar a efeito a implicação de que o normativo só pode afirmar-se legítimo se as instituições sociais estiverem presentes para que assim o seja (como se irá argumentar mais adiante, no capítulo 15 deste livro, a ausência de uma narrativa histórica e sociológica, ou mesmo a necessidade de tal narrativa ser complementada e interagir criticamente com a normativa, constitui uma fragilidade básica de seu projeto). A mensagem, porém, ali se encontra: um regime liberal-democrático e agnóstico em termos da especificidade religiosa e moral não pode ser agnóstico em relação aos próprios valores políticos que constituem o liberalismo porque, por definição, afirma os princípios que constituem sua especificidade enquanto associação política. Isto é, os princípios políticos de pluralidade e liberdade, e a necessidade de ser reconhecido como um valor humano digno de igual respeito. Isso porque, muito embora o liberalismo do século XX possa achar que a fé no utilitarismo esmorece, vai precisar de um vigoroso debate sobre seus princípios políticos; sem confiança em suas instituições, um saudável "ceticismo modificado" pode ameaçar voltar-se para o niilismo[40].

39. Ronald Dworkin é aqui estudado em capítulo à parte. Por ora, basta dizer que, em sua opinião, o liberalismo deve afirmar-se de modo positivo. Portanto, ele pode assim descrever a posição de Mill: "Uma vez que os cidadãos de uma sociedade diferem em suas concepções, o governo não os tratará como iguais se preferir uma concepção à outra, ou porque as autoridades acreditam que uma delas é intrinsecamente superior, ou porque uma delas é adotada pelos grupos mais numerosos ou poderosos" (1978: 127). Isso, porém, não equivale a fazer do liberalismo uma posição conciliatória, admitida somente na ausência da verdade; em vez disso, Dworkin (adotando uma postura um tanto kantiana) afirma: "O liberalismo não pode ter por base o ceticismo. Sua moral constitutiva determina que os seres humanos devem ser tratados como iguais por seu governo não porque não exista certo ou errado em moral política, mas porque isso é que é o certo" (*ibid.*: 142).

40. Os inimigos podem ser diferentes: enquanto os nazistas podem ter atacado de emboscada a democracia pluralista da República de Weimar, a indiferença, a apatia e o populismo podem ter sido os inimigos do liberalismo no fim do século XX.

Capítulo 9

John Austin e o nascimento mal compreendido do positivismo jurídico

> Nunca aceite a crítica de nenhum autor antes de convencer-se de que sua relevância (...) "reconstrói o problema"; ou "nunca pense que compreende alguma afirmação feita por um filósofo enquanto não decidir, com a máxima exatidão possível, qual é a questão à qual ele pretende dar uma resposta" (R. C. Collingwood, *An Autobiography*, 1939: 33).

> [Em sua discussão] do ofício ou da função do soberano, Hobbes insiste nas seguintes proposições: *Que o governo bom e estável é quase ou simplesmente impossível, a menos que os aspectos fundamentais da ciência política sejam conhecidos pela maioria da população;* que a maioria do povo é tão capaz de assimilar tal ciência quanto os mais eminentes e orgulhosos de seus superiores em posição, riqueza ou saber; que o trabalho de difusão dessa ciência entre a maioria do povo pode ser tido como o mais elevado dos deveres que Deus atribui ao soberano; que ele se predisponha a ouvir suas queixas, e mesmo a buscar seu conselho, para que possa compreender melhor a natureza de suas necessidades, e possa melhor adaptar suas instituições aos avanços do bem geral; que suas leis sejam o mais claras e concisas possível, e que ele também dê a conhecer suas mais importantes medidas através de todos os canais possíveis; que, se a maioria de seu povo conhecer imperfeitamente seus deveres, por falta de um conhecimento que ele pode e deve compartilhar, ele será responsável, em termos religiosos, por todas as violações dos deveres que tiver permitido que seu povo ignore (Austin, 1873: 289).

INTRODUÇÃO: A MODERNIDADE DA FILOSOFIA DO DIREITO DE JOHN AUSTIN

John Austin (1790-1859) criou a estrutura profissional do ensino da teoria jurídica em Londres[1]; por sua vez, sua filosofia jurídica extraiu seus fundamentos da

1. A Universidade de Londres foi criada em 1826 por um grupo vagamente associado a Jeremy Bentham, com a finalidade expressa de reformular o alcance e a substância da educação superior na Inglaterra. John Austin aceitou a oferta da cadeira de filosofia jurídica com entusiasmo e, para preparar-se, mudou-se com a esposa Sarah para Bonn, onde aprendeu alemão e estudou a obra histórica dos eruditos alemães sobre os códigos romanos e leu as obras mais recentes de Hugo, Thibaut e Savigny. Ao voltar, deu aulas em 1828 e 1829, tendo entre seus alunos John Stuart Mill, George Cornewell Lewis (que foi comissário em Malta juntamente com Austin), sir John Romilly e sir William Erle, todos os quais se tornariam grandes reforma-

obra de Hobbes e Bentham[2]. Enquanto este último entra com a influência imediata, Austin reconhece sua dívida para com a clareza com que Hobbes expôs a necessidade de um governo forte e racional; um governo que usa o direito positivo – os comandos do soberano – como instrumento para moldar e reformar o conjunto de deveres e obrigações que fornecem a estrutura para o progresso da sociedade civil[3]. Contudo, concentrar-se no poder e no comando equivale a não se dar conta do segundo aspecto do modo como Austin entendia o legado de Hobbes: a necessidade do conhecimento da condição humana e das condições de governo, bem como a necessidade de criar uma ordem social moderna[4].

O jovem Austin sustentava uma "crença dogmática (...) em que a aristocracia usava o Parlamento e outras instituições como os tribunais, a Igreja e o Exército para promover seus próprios interesses, os quais, por serem os interesses de uma classe, eram sinistros. Conseqüentemente, enquanto a aristocracia perseguia seus próprios interesses, os de toda uma população eram sacrificados e o povo era explorado" (L. e J. Hamburger, 1985: 31). Tanto o sistema político quanto o jurídico precisavam de uma reforma radical. A nação-Estado reformulada que se tinha em mente daria a todos o direito ao voto e seria uma associação política esclarecida e racional que não hesitaria em recorrer à coerção autorizada – um controle secundado pelo poder de punir e prender – de acordo com a orientação dos conhecimentos positivos em desenvolvimento. Por sua vez, a teoria jurídica de Austin mostrava a estrutura de uma nova constituição – uma constituição sociopolítica – que incluía os elementos essenciais do conhecimento, do poder, do comando e da obediência, todos unidos e orientados por uma nova crença social: o utilitarismo. O fundamento dessa constituição – dessa nova ordem social – não é a vontade subjetiva ou a vontade das elites que, fisicamente, configuram a soberania, e tampouco se reduz a uma questão de relações de poder. Austin defende uma crença objetiva; como ele afirma claramente em sua Lição III, acredita na capacidade de o(s) conhecimento(s) positivo(s) revelar(em) as verdades subjacentes da estrutura sociopolítica[5], e considera que o papel da educação consiste em difundir pelo menos os aspectos fundamentais desses conhecimentos para toda a sociedade. Na combinação de governo racional e população educada encontra-se a chave do progresso social. O objetivo é a modernidade, e essa modernidade deve tornar-se um espaço social unido pelo conhecimento, com uma consciência de si mesmo gerada por um entendimento plenamente realista e racional de sua composição.

O primeiro texto publicado por Austin, que apareceu em *The Westminster Review* – um periódico criado por Bentham em 1824 – era uma análise crítica do direito de primogenitura e do papel da aristocracia na administração social. Austin chegou, inclusive, a comentar favoravelmente a Revolução Francesa, chamando-a de "grande e necessária reforma", infelizmente "não realizada com maior discriminação e clemência"[6]. A crítica de Austin ao papel reacionário que a aristocracia vinha

dores nos ano seguintes. Austin não era pago por seu cargo, mas esperava-se que seus honorários viessem de subscrições pagas pelos próprios alunos. Apesar de ter recebido uma proposta salarial no início da década de 1830, desistiu de sua cátedra em 1832 por razões financeiras, publicando nesse mesmo ano *The Province of Jurisprudence Determined* [Delimitação da esfera de ação da filosofia do direito], uma versão aumentada da primeira parte de suas lições. De acordo com Sarah, John Austin ficou profundamente deprimido com o fracasso de sua cadeira de filosofia do direito, fato por ela descrito como "a verdadeira e irredimível tragédia de sua vida – o golpe do qual ele nunca se recuperaria". A segunda edição de *The Province* foi publicada em 1861, dois anos após sua morte, e a primeira edição completa de *The Lectures on Jurisprudence* [Lições de Jurisprudência] ou *The Philosophy of Positive Law* [Filosofia do direito positivo], que Sarah havia compilado a partir das notas de Austin, foi publicada em 1863.

2. A relação entre Austin e Bentham é mais complexa do que a avaliação de que Austin simplesmente aplicou as idéias e Bentham. Enquanto o jovem Austin uma vez declarou a Bentham que "sou verdadeiramente seu discípulo", seu irrestrito apoio inicial ao constitucionalismo radical de Bentham parece ter empalidecido na época em que ele começou a preparar suas aulas. Sua subseqüente posição conservadora levou-o a distanciar-se de Bentham, que até a morte não deixou de ser um constitucionalista radical.

3. Conquanto elogiasse a lição contida no trecho que citamos no início deste capítulo, isto é, "que o governo bom e estável é quase ou simplesmente impossível, a menos que os aspectos fundamentais da ciência política sejam conhecidos pela maioria da população", Austin acreditava que a obra de Hobbes padecia de dois "erros capitais: 1. Ele associa excessivamente a obrigação religiosa à obediência [e não leva em consideração os casos em que a utilidade requer a desobediência] (...). 2. Ele atribui a origem da soberania e da sociedade política independente a um acordo ou pacto fictício" (1873: 278).

4. Em *Legislators and Interpreters*, Bauman pede que desvinculemos nossas idéias acerca da educação da idéia posterior de escolaridade, e que tentemos recriar um sentimento associado às pretensões à ilustração que caracterizavam a educação. Bauman (1987: 69) sugere que a educação era, antes, a idéia do conjunto da sociedade e do ambiente humano integral "moldados com a finalidade de levar os seres humanos a assimilar a arte da vida social racional, apropriar-se dela e colocá-la em prática. A educação jamais era vista como uma área distinta na divisão social do trabalho; tratava-se, ao contrário, de uma função de todas as instituições sociais, um aspecto da vida cotidiana, um efeito total de configurar a sociedade segundo a voz da Razão (...). 'Educação' representava um projeto de colocar a formação do ser humano sob a única e total responsabilidade da sociedade como um todo, e, em especial, de seus legisladores". Bauman vê a educação como parte do direito cada vez maior que o Estado tem de formar seus cidadãos e orientar sua conduta, a prática de uma sociedade dirigida.

5. Isso não pretende sugerir que a natureza tenha tal objetividade. Austin, contudo, parece ter pensado assim (embora eu não vá tão longe quanto Morison (1982), que tenta unir Austin e James Mill, cujo livro *Elements of Political Economy* [Elementos de economia política] era especificamente uma rigorosa conceptualização de "leis naturais" tornadas visíveis pela "ciência da economia política"). Austin acreditava fervorosamente nas ciências emergentes do homem e da economia. Em sua opinião, as verdades da condição humana estavam adquirindo visibilidade.

6. Citado em Lotte e Joseph Hamburguer (1985: 32), que assim resumem o artigo de Austin: "De início, Austin criticava a primogenitura com argumentos econômicos, mas no fim o que condenava era a 'ascendência aristocrática e o desgoverno aristocrático'. A primogenitura não apenas levava à concentração da riqueza agrária nas mãos de poucos, mas também à exploração do povo, pois os filhos mais novos e outros parentes, excluídos da herança de seus pais, teriam de ser mantidos com dinheiro público'." Para manter o costume da primogenitura entre a classe dirigente, o povo podia ser tributado e saqueado com pouca moderação... Os cargos que haviam sobrevivido aos fins para os quais foram criados manter-se-iam vivos a expensas do público, pois os emolumentos de tais cargos inúteis forneceriam previdência confortável para os filhos mais novos da aristocracia" (1985: 31-2).

desempenhando nas instituições sociais era parte de um movimento ou consciência intelectual geral de que um novo estilo de administração social se fazia necessário. Na era do feudalismo, o domínio por parte da aristocracia ou da nobreza possuidora de terras operava através da dependência do homem para com a sua localidade e de uma ideologia através da qual a nobreza administrava a ordem e zelava pelos interesses de todos. A nobreza tinha um privilégio de nascença *e* um papel funcional. Contudo, a administração aristocrática só podia garantir a ordem social e supervisionar a continuidade do costume e do privilégio associados aos fatores análogos da tradição (inclusive de uma religião que permitisse a administração da Cristandade) e de uma geografia política que consistia na fragmentação social de localidades vagamente federadas. Em fins do século XVIII, os cânones da nobreza possuidora de terras eram disfuncionais diante das demandas de uma nova ordem social. Bauman (1987: 29) sugere que os horizontes e o zelo administrativo dos membros da aristocracia agrária eram estreitamente ligados a seus direitos de propriedade e circunscritos pelos limites destes últimos: "Eles não tinham uma base própria, nem flexibilidade suficiente para ser facilmente colocados a serviço de um governo centralizado e um sistema jurídico centralizado que transpusesse os limites dos Estados dos nobres." Ao artigo de Austin seguiu-se, em 1826, sua nomeação como professor de *filosofia do direito e direito das nações* na nova Universidade de Londres. Austin mudou-se com a esposa Sarah para Bonn, onde permaneceu por algum tempo preparando suas aulas, período em que não só se deixou impressionar pela estrutura racional do direito romano, como também pela racionalidade das elites prussianas dominantes e pelo apreço em que a população as tinha. Esse período – talvez o mais feliz da vida de Austin – mostrou-se importante pela mudança ocorrida em suas concepções políticas, que passaram a favorecer o governo das elites esclarecidas. A norma falida da vontade da aristocracia devia ser substituída pelo governo racional segundo os ditames do conhecimento positivo; uma fórmula que também servia para manter à distância as idéias de um governo por maioria popular que o círculo benthamista passara a defender depois de perder as esperanças de mudar as concepções das elites dominantes.

A filosofia jurídica pode desempenhar um papel único na educação social; pode fornecer uma análise de um instrumento-chave da modernidade – o direito positivo –, e pode enfatizar a responsabilidade que acompanha o poder associado a tal instrumento. O exercício do poder político é fundamental para o pensamento jurídico de Austin, como ele deixa claro em sua definição inicial (que se segue às citações da Lição I): "A questão da teoria jurídica é o direito positivo; o direito, simples ou estritamente assim chamado, ou o direito criado pelos dirigentes políticos para subordinados políticos." O direito consiste em regras "criadas para a orientação de um ser inteligente por um ser inteligente que terá poder sobre ele"; é "o conjunto das regras estabelecidas por dirigentes políticos". A ciência jurídica deve reconhecer o direito positivo, as regras criadas pela "vontade" política ou aquilo que Austin identifica como "razão". Para Austin, a chave dessa ciência é a compreensão da natureza do tipo específico de "comando" que é o direito positivo. Um comando é a expressão de um desejo, o significado de um desejo que se distingue "pelo poder e pelo objetivo, por parte do grupo dominante, de infligir mal ou sofrimento se o desejo em questão for negligenciado". Por ser passível desse mal, a parte comandada é "*circunscrita ou obrigada*" pelo comando e colocada "sob o dever de obedecê-lo".

Austin especifica que "uma lei é um comando que obriga uma pessoa, ou pessoas, a seguir uma determinada conduta", e opera por meio de uma relação de "superioridade". Ele nega qualquer justificação tradicional ao termo "superioridade". Embora o termo tenha sido freqüentemente "sinônimo de precedência ou excelência", Austin volta-se para a clara identificação hobbesiana do poder como chave do comando[7]. Contudo, enquanto o poder de Deus é absoluto e simples, o poder humano é impregnado de relações recíprocas; vista a partir de uma certa perspectiva, uma parte é superior, mas vista a partir de outra é inferior; os governos podem ser derrubados pela resistência do povo. Essas dualidade de imagens – de poder e fragilidade política – percorre toda a obra de Austin e é atenuada por sua fé na educação, no papel do avanço do conhecimento para fornecer um modelo de governo racional.

Porém, enquanto Austin acredita que o conhecimento sólido irá fornecer as bases e estruturas da nova ordem social, ele também pensa que não cabia especificamente ao jurista aprofundar esse conhecimento; na verdade, sua tarefa consistia em concentrar-se no esclarecimento da natureza da técnica fundamental ou da tecnologia da direção – o direito positivo. Uma nova teoria jurídica faz-se necessária para demarcar o domínio do direito, enquanto outros conhecimentos positivos, em especial a ciência da ética – em grande parte redutível à utilidade – fornecem a direção e a justiça social para que o poder possa comandar. A moderna ciência do governo deve ser a da governabilidade pelo direito e pelo conhecimento, não pelo desejo arbitrário; enquanto a sociedade é uma relação de homens dominando outros homens e mulheres, a dominação que estrutura a sociedade moderna deveria operar de acordo com o direito, guiada pelo conhecimento e confiante em sua justiça (utilidade)[8].

---

7. "(...) o termo superioridade significa poder: o poder de atingir os outros com infortúnio e sofrimento, e de forçá-los, através do medo do infortúnio, a moldar sua conduta segundo os desejos dos outros. (..) O poder ou a superioridade de Deus é simples ou absoluta (...)".

8. A questão básica que ligava politicamente Bentham, Austin e John Stuart Mill pode ser assim expressa: "Como instilar mais inteligência no governo?" Bentham preferia igualar os interesses de governantes e governados – isto é, favorecia a democracia radical; esta, porém, só funciona se se estiver convencido de que o utilitarismo é uma doutrina política realista, e de que esta vai ser aceita pelo povo. Se o povo não for instruído, não seguirá o princípio da maior felicidade do maior número; uma elite esclarecida será melhor se tiver motivos para associar sua felicidade àquela da sociedade. John Stuart Mill preferia a democracia representativa com pluralidade de votos – através de um maior número de votos, a pessoa instruída e responsável teria mais influência do que a inculta – e uma população bem-educada não apenas escolheria os melhores indivíduos para representá-la, como também entenderia a racionalidade das propostas políticas.

I. RESGATAR AUSTIN DOS COMENTARISTAS

QUEM É O JOHN AUSTIN DOS TEXTOS SOBRE FILOSOFIA DO DIREITO?

John Austin tem a duvidosa distinção de ser a figura paterna da moderna filosofia jurídica inglesa; em particular, é visto como iniciador do positivismo jurídico[9] e formulador de uma teoria do comando ou teoria imperativa do direito (Hobbes tem sido bastante negligenciado enquanto personalidade do universo da filosofia jurídica)[10]. Para muitos comentaristas, Austin é uma figura menor na filosofia jurídica que Bentham, e seu papel histórico deve-se em parte à circunstância fortuita de que, enquanto toda a obra principal de Austin já estava publicada na década de 1860, a de Bentham permaneceu em grande parte inédita até bem mais tarde[11]. Austin parece prontamente compreensível e facilmente descartável; além do mais, como o positivismo jurídico tem sido alvo de ataques nos últimos anos, Austin pode ser acusado de ter reduzido indevidamente o campo de estudo para a teoria do direito ao nos

9. Uma afirmação crucial do positivismo jurídico é a separação analítica entre direito e moral; mais especificamente que, muito embora a ordem jurídica empírica de uma sociedade possa muito bem fundar-se sobre argumentos morais, não há uma ligação necessária ou conceitual entre direito e moral. Em outras palavras, enquanto o direito natural ou as posições expressivas podem argumentar que o direito é "poder moralmente justificável", ou "a expressão de preocupações verdadeiramente humanas", o positivismo jurídico argumenta que o direito pode ter qualquer tipo de conteúdo. Duas idéias centrais do positivismo são: (i) podemos identificar o que é o direito existente sem emitir quaisquer juízos morais. O fato de uma regra ser ou não jurídica depende de saber se tem em sua origem uma fonte como uma lei escrita ou uma ação judicial. Se fundamentar-se em alguma fonte válida, será uma regra jurídica quer seja boa, quer má, justa ou injusta. Do mesmo modo, o simples fato de uma regra ser justa ou razoável não a converte em parte do direito se não estiver fundada em fonte de direito reconhecida; (ii) as proposições de lei por meio das quais afirmamos a existência dos direitos e deveres legais não são, por sua própria natureza, juízos morais.

10. "Poucos anos depois de sua morte, ficou claro que sua obra havia estabelecido o estudo da filosofia jurídica na Inglaterra. E hoje também se sabe que a influência de Austin sobre o desenvolvimento desse assunto na Inglaterra foi maior do que a de qualquer outro autor" (H. L. A Hart, introdução a *The Province of Jurisprudence Determined*, 1954).

11. Como explica Cotterrell, porém, a obra de Austin exerceu uma atração específica sobre a profissão das leis, o que torna o argumento da publicação apenas uma explicação parcial. "A forma da teoria jurídica de Austin e a ordenação de suas preocupações permitem que ela ofereça uma teoria jurídica normativa que era particularmente apropriada às preocupações políticas e jurídicas de seu tempo. Além do mais, exemplifica uma certa concepção geral do direito, e o faz de modo extremamente conciso e direto. Na verdade, o "fracasso" de Austin em tantas coisas mundanas pode ter sido a condição de seu sucesso nisso. Ele perseguiu, aparentemente com total coerência, uma imagem específica de como uma "ciência" do direito poderia tornar-se possível. Sem a incansável curiosidade intelectual de Bentham – que levou o grande pensador a engajar-se numa enorme diversidade de projetos –, Austin dedicou-se com afinco à teoria do direito que apenas fizera parte das preocupações de Bentham. Quando suas idéias divergem das de Bentham, isto se dá devido ao fato de ele preferir uma lógica obstinada (por exemplo, sobre a natureza da soberania) ou um realismo teimoso (por exemplo, ao discutir a legislação judicial) onde Bentham se equivoca ou tenta desenvolver análises mais radicais sobre a causa da reforma jurídica ou política".

apresentar uma definição conceitual limitada do direito e uma metodologia que separa as preocupações morais e políticas do estudo do direito[12]. Assim, Austin pode ser considerado responsável por profissionalizar e racionalizar a tradição potencial do positivismo jurídico, dando-lhe a forma em que se tornou apropriado à criação de uma ciência do direito. Segundo essa interpretação, Austin, em nome do rigor analítico e conceitual, separou o estudo do direito da tarefa de identificar seu contexto social na realidade social, e também da tarefa de identificar seus efeitos constitutivos sobre essa mesma realidade. Tal impressão é, contudo, o resultado de uma simplificação excessiva que se encontra no material didático habitual. Em termos simples e claros, enquanto as *Lectures on Jurisprudence* [Lições de filosofia do direito] envolvem uma complexa argumentação elaborada como uma síntese em torno de um projeto de governo moderno, os professores de direito têm abstraído o esboço de uma teoria jurídica analítica, ignorando as estruturas políticas e éticas que lhe dão vida. Austin foi vítima de uma forma particular de filosofia analítica, uma abordagem analítica da qual ele próprio é freqüentemente visto como epítome[13], mas que tem passado a impressão de que podemos reduzi-lo – sem perda de integridade intelectual – a umas poucas proposições básicas que podem ser facilmente compreendidas, mostradas como simplificações e rejeitadas como unilaterais. Esse resultado, porém, é mais o efeito da tradição interpretativa dominante do que do material original[14].

12. Algumas das críticas ao positivismo jurídico não chegaram a ser polêmicas. Apreciações favoráveis podem ser encontradas em Guest (1992), enquanto Simmonds (1986) defende o intelectual positivista ao examinar várias concepções errôneas relativas à teoria positivista. Em primeiro lugar, os positivistas não negam necessariamente a importância da moralidade. Eles não precisam ser céticos morais em nenhum sentido, mas podem estar profundamente interessados na crítica moral do direito, tendo em vista a reforma deste. Em segundo lugar, os positivistas não negam que a moral influencie o conteúdo do direito. Sem dúvida, os legisladores freqüentemente promulgam leis específicas devido a suas convicções morais, e o direito é influenciado, em seu conteúdo, pelas concepções morais que predominam na sociedade em termos gerais. Contudo, uma regra só se torna lei quando tiver sido estabelecida em uma fonte tal como uma lei escrita ou um caso decidido. Os estudiosos do positivismo jurídico tampouco negam que os juízes às vezes decidem casos por referência a valores morais ou em nome da política social. O que eles negam é que os juízes tenham de emitir juízos morais ou sociais ao tentarem compreender a natureza do direito existente. Contudo, depois de determinar quais são as regras relevantes, um juiz pode descobrir que as regras jurídicas relevantes não oferecem uma resposta para o caso que ele tem em mãos. Uma vez que o direito preexistente não oferece resposta, o juiz deve decidir o caso com base em considerações de natureza extrajudicial. Em terceiro lugar, os positivistas não negam que possa haver uma obrigação moral de obedecer ao direito; argumentam apenas que a questão de saber qual é a natureza do direito e se este deve ou não ser obedecido são duas questões distintas.

13. Como Hart prossegue no trecho acima citado, "pois a filosofia jurídica inglesa tem sido, e ainda é, de natureza predominantemente analítica (...)" (1954: xvi).

14. Os primeiros sinais de uma abordagem apropriada, contextual e integrada surgiram com a obra de W. L. Morison (1982). Os textos detalhados de Rumble (1985) e dos Hamburgers (1985), que apresentam uma imagem geral da vida e dos argumentos de Austin, foram em grande parte ignorados pela literatura jurídica. Uma exceção é o texto weberiano de Cotterrell (1989), *The Politics of Jurisprudence*.

ASPECTOS DA ABORDAGEM USUAL DE AUSTIN

Três características são evidentes no tratamento geralmente dispensado a Austin. Primeiro, ele é visto como um autor que se empenhou em criar uma metodologia para o estudo do direito que, apesar de restringir excessivamente o conceito de direito a uma estrutura de comando, obediência habitual e sanção, é valiosa por argumentar que os estudos jurídicos devem tornar-se científicos[15]. Segundo, o legado de Austin é visto como sua formulação das regras básicas da forma analítica de teoria jurídica que passou a caracterizar o positivismo jurídico (a saber, uma discussão clara e precisa dos "conceitos" e o estabelecimento de uma análise doutrinária dos materiais jurídicos fundamentais), e, desse modo, a metodologia que Austin oferece à teoria jurídica parece indicar que o direito pode ser compreendido como se não se precisasse levar em consideração nenhuma narrativa contextual[16]. Terceiro, ler Austin à luz das críticas de H. L. A. Hart (1961) e aceitar o texto de Hart como uma demonstração das deficiências de Austin[17]. Em resultado, este é visto como inferior àquele e, ainda que em grande parte um autor a ser estudado porque a referência a ele é imprescindível para se acompanhar o nascimento do positivismo jurídico moderno, ele é considerado demasiado simplista e incipiente para ser relevante a nossas preocupações contemporâneas.

Essas três características podem ser reposicionadas como problemas para uma teoria do direito consciente de si mesma. Primeiro, podemos colocar a questão do uso a ser feito de Austin e dos valores da teoria jurídica analítica enquanto metodologia do entendimento; segundo, ao colocarmos a obra de Austin no contexto do desenvolvimento da modernidade, podemos ver um importante capítulo da imaginação

15. Assim Davies e Holdcroft (1991: 16) iniciam seu capítulo sobre Austin: "John Austin (1790-1859) talvez seja o mais influente dos positivistas jurídicos ingleses (...). Seu objetivo consiste em diferenciar o direito de outros fenômenos, em particular das regras de moral. Para ele, a clareza de pensamento sobre a natureza do direito requer uma demarcação rigorosa e categórica do tema da teoria jurídica." Assim também Lloyd: "Como positivista, Austin procurou mostrar o que é, de fato, o direito, em oposição ao que deveria ser segundo concepções extraídas da moral ou do direito natural (...). Para os benthamistas, o positivismo parecia exigir uma explicação empírica simples do direito, desprovida de metafísica ou misticismo (...). Em termos racionais, precisava-se apenas de algum comando anterior, de modo que o direito não fosse, de fato, mais que uma série de ordens dadas aos seres humanos, com a aplicação de penalidades e sanções em caso de desobediência. Se se tratava ou não de uma simplificação exagerada, ou em que sentido a palavra "comando" era aqui usada, eram questões não plenamente exploradas por aqueles aos quais tal abordagem parecia ser uma explicação tão óbvia da essência do direito; para Austin, o problema consistia simplesmente em associá-la à doutrina universalmente reconhecida e apreciada da soberania jurídica" (Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 5ª ed., 1985: 255-6).

16. "Não obstante, o pensamento de Austin permanece ainda digno de exame não somente devido a sua vasta influência, sobretudo nos países onde vigora o *common law*, mas também em razão de sua grande capacidade de aplicar a análise à teoria jurídica" (Lloyd, 5ª ed., 1985: 255).

17. Davies e Holdcroft (1991), por exemplo, dedicam quase oito páginas de um capítulo de dezoito páginas sobre Austin ao tema "Hart sobre Austin". Além disso, as críticas de Hart não recebem nenhuma resposta crítica.

constitutiva social que a teoria jurídica oferece; terceiro, ao colocarmos o problema do uso que H. L. A. Hart fez de Austin, podemos abordar questões que remetem tanto ao modo apropriado ou à política de leitura de outros autores quanto à (des)construção da teoria. Esta última questão será reservada para a discussão que mais adiante faremos da obra de H. L. A. Hart. O grau em que Austin separou sua ciência do direito de preocupações sociais mais amplas, o valor da teoria jurídica analítica e a imaginação institucional que ele nos oferece servirão de diretrizes deste capítulo, complementando a apresentação do significado da teoria do direito de Austin.

A maior parte dos comentaristas não contextualizou a obra de Austin. Ao contrário, sugeriu-se um número limitado de usos para se estudar seu esquema básico. Primeiro, tem-se afirmado que existe uma justificação empírica para o estudo da teoria de Austin: um objetivo de "aclarar a cabeça", como afirmava sir Henry Maine. Sugere-se que, para ler Austin, enfrentemos "a difícil arte do pensamento preciso". Como diz Rumble: "Em particular, o exame criterioso de sua obra estimula seus estudiosos a aclarar, quando não a desenvolver, suas próprias idéias sobre muitas das questões mais prementes da teoria jurídica. Essa experiência é benéfica, por mais diferentes que tais idéias possam ser das concepções do próprio Austin" (1985: 2). Segundo, afirma-se que, ao estudar Austin, podemos encontrar erros na definição da chave para a teoria jurídica – erros que estimulavam o desenvolvimento intelectual, mas que agora percebemos como concepções equivocadas do direito. Como Hart afirmou no prefácio de sua edição de 1954 de *The Province of Jurisprudence Determined*: "a demonstração de onde e por que, precisamente, ele está errado, tem-se revelado uma fonte permanente de iluminação" (1954: xviii). Este segundo uso da obra de Austin combina com um terceiro, especificamente o de compreender e ensinar o significado da tradição dominante na teoria jurídica inglesa, a combinação do *positivismo jurídico* com a *teoria jurídica analítica*. Visto como um filósofo analítico, Austin não parece interessado em um exame empírico das sociedades reais; parece mais preocupado com o esclarecimento de conceitos, e não com questões históricas ou sociológicas[18]. Por certo é verdade que grande parte da obra de Austin é dedicada ao escla-

18. Tal é, por exemplo, a opinião de Herbert Morris em *The Encyclopedia of Philosophy*, publicada em 1967, que é um exemplo básico da concepção ortodoxa sobre Austin (particularmente depois da publicação de *The Concept of Law* (1961), de H. L. A Hart. Morris argumenta que "para Austin, a chave da ciência do direito" encontra-se numa rigorosa análise conceitual que utilize certos termos-chave, claramente definidos – sanções, superioridade, obrigação, soberania.

"As impropriedades da teoria de Austin resultam sobretudo do fato de ele selecionar como instrumentos básicos de análise os conceitos de comando e obediência habitual (...) [Morris faz um resumo de várias das críticas mais conhecidas]. Além dessas críticas, Austin tem sido acusado de falta de originalidade até mesmo em seus erros fundamentais, pois concepções idênticas podem ser encontradas em Hobbes e Bentham... É compreensível que nos admiremos da grande influência de Austin, bem como de sua reputação de grande filósofo do direito.

Primeiro, o positivismo de Austin e sua insistência em separar questões de fato e de valor tornaram os filósofos do direito sensíveis à facilidade com que essas questões podem ser confundidas e, em decorrência disso, ao quanto podemos nos enganar, pensando já ter respondido a uma dessas questões quando, na ver-

recimento e à exposição das relações entre conceitos jurídicos. Além disso, ele desejava sinceramente criar uma estrutura ou teoria para a "teoria geral do direito" que nos permitisse situar as características essenciais de qualquer sistema jurídico sem descrever os detalhes de qualquer sistema particular, uma tarefa reservada à "teoria particular do direito". Austin parece iniciar suas lições propondo uma resposta clara à pergunta "o que é o direito?", resposta que parece reducionista e simples – as críticas comuns afirmam que ele reduziu a idéia de direito às de soberania, comando, obediência habitual e sanção, desprezando os diferentes significados que o empreendimento jurídico de sujeitar-se o comportamento humano ao domínio de *regras* possa ter. Ainda que Austin empregasse os termos "regras" e "princípios", afirma-se que ele teria sido cego a seus significados mais sutis para os estudos jurídicos. Segundo a interpretação dominante, Austin é tido como um metodologista cujas contribuições substantivas são equívocos. Portanto, o estudo de sua teoria pode ser útil no sentido de permitir que nos demos conta dos erros do passado, uma vez que avançamos tanto por meio da constatação de erros quanto da aceitação de posições corretas.

Além disso, Austin é ensinado como figura-chave do desenvolvimento da tradição do positivismo jurídico e como poderoso incentivador de técnicas da filosofia jurídica analítica. Embora não seja conceitualmente necessário ser ao mesmo tempo um positivista jurídico e um jurista analítico, Austin desempenhou ambas as atividades. Assim, suas *Lições de filosofia do direito* são "a mais alta expressão dessas correntes de pensamento na filosofia jurídica anglo-americana do século XIX; [além disso] as formas contemporâneas de positivismo jurídico podem ser interpretadas como uma continuação da tradição iniciada por Austin" (Rumble, 1985: 3).

RELENDO AUSTIN COMO UM POSITIVISTA ANALÍTICO: PRECISAMOS LEVAR EM CONSIDERAÇÃO O PROJETO GERAL DE AUSTIN PARA APRECIAR SUAS DISTINÇÕES ANALÍTICAS?

Os chamados autores "críticos" da teoria jurídica e os positivistas questionam as conseqüências da tradição positivista jurídica. A filosofia jurídica analítica, porém, definiu minuciosamente o alcance de questões teóricas que se poderiam colocar a propósito do direito, e delimitou em um círculo conciso os limites da disciplina do direito. Segundo essa tradição, a teoria jurídica excluiu de sua esfera de interesse questões que requeriam a exposição do verdadeiro conteúdo das decisões de uma jurisdição específica, questões de história jurídica ou intelectual, tanto específicas quanto gerais, e questões que buscavam juízos éticos do conteúdo ou da eficácia de leis específicas. Tudo isso, afirma-se, foi por Austin delegado à "ciência da legislação"[19]. A teoria jurídica analítica preocupava-se com questões de análise conceitual em quatro áreas principais. Primeiro, a análise do conceito do direito em si; segundo, as definições de termos básicos; terceiro, a inter-relação de termos jurídicos básicos – as chamadas relações jurídicas; quarto, a análise de outros conceitos não-jurídicos e as distinções entre esses conceitos e os conceitos jurídicos.

Na Lição II, Austin afirma: "É realmente importante que os homens pensem com nitidez e confiram significado ao que dizem." A filosofia jurídica analítica subseqüente tem valorizado o rigor intelectual e a lucidez da escrita em detrimento de qualquer preocupação mais ampla com a realidade social e política. Em resultado, nas últimas décadas o positivismo jurídico passou a ser atacado por ser um empreendimento sustentado por si mesmo e desvinculado de qualquer contexto. Distante de qualquer necessidade de encontrar racionalidade social no direito, de acordo com críticos de orientação mais sociológica, a filosofia jurídica analítica não pode pretender ser nada além de uma perspectiva parcial da realidade do direito[20].

Contra esse pano de fundo, o fato é que a leitura das lições de Austin é uma experiência de encontrar algo "além" da imagem dos comentaristas (refiro-me à *Filosofia do direito* de Austin, que contém o texto integral das Lições e foi publicada inicialmente em 1863; a edição utilizada neste capítulo é a quarta edição, de 1873). Os textos de Austin são uma estranha mistura de aridez, reflexão abstrata, afirmações de conhecimento de verdades políticas e éticas e retórica passional. Por exemplo, imediatamente após o trecho acima citado, em que Austin exige clareza de pensamento e de fala, ele argumenta que a concentração nos conceitos pode nos levar a perder

dade, respondemos à outra. Mais importante ainda, as falhas de Austin, todas associadas, de certo modo, a seu imperativismo, foram úteis. Ele não estava só na percepção de uma certa idéia, a idéia de que o direito é simplesmente a impressão da vontade do mais forte sobre a do mais fraco. A principal virtude de Austin estava no fato de ter desenvolvido, defendido e apurado sistematicamente essa idéia, despojando-a com grande precisão do enfoque excessivo sobre as características do direito que a associam à coerção. Mais que isso, seu modelo enfatiza que o hábito de ver o direito como coerção obscurece seu complexo papel em nossas vidas. Depois de Austin, compreendemos o que há no direito melhor do que aquilo que nele não existe. É esse o seu legado principal. Ele nos oferece mais um exemplo, em filosofia, do fato de ganharmos alguma coisa a partir de uma afirmação falsa quando nada poderíamos ter ganho a partir de uma afirmação verdadeira."

19. De modo interessante, Cotterrell (1989: 81) sugere que é exatamente esse fato da racionalidade formal que Austin introduz em sua incipiente ciência do direito (em oposição a uma discussão substantiva do conteúdo de leis específicas) que torna sua jurisprudência tão aceitável para os profissionais do direito do final do século XIX. "[Austin] preocupa-se basicamente com a forma do direito e a estrutura da autoridade jurídica. Talvez se possa sugerir que o conhecimento profissional numa época de mudanças contínuas no direito, decorrentes da atividade direcionadora e legislativa do Estado, só pudesse ser unificado em torno de idéias sobre a forma e a estrutura do direito, e não em torno de idéias sobre o conteúdo substantivo do direito. O conteúdo do direito não estava apenas potencialmente em mutação constante, mas também fugia ao controle dos advogados (ao contrário da situação em épocas anteriores, quando os juízes tanto esclareciam quanto controlavam o desenvolvimento jurídico). Era o resultado de considerações políticas que não podiam ser facilmente introduzidas no campo do conhecimento profissional dos advogados".

20. Para Cotterrell (1989: 227), "a racionalidade sistemática essencial do direito pode ser reduzida à capacidade de identificar as origens formais de cada regra ou regulamentação em alguma fonte específica, não ambígua e reconhecida. No que diz respeito à substância da doutrina jurídica, a racionalidade do direito parece ser meramente 'fragmentada' ou localizada... O efeito dessa positivação do direito está em que a 'evidente utilidade' da prática jurídica tende a parecer uma técnica não teórica, distante da razão teoricamente justificada".

de vista a realidade social e política. (Sua crítica a David Hume resume o que há de subjacente em seu próprio empreendimento: Hume é criticado por "lidar com temas desconexos com extraordinária habilidade, mas demonstrar uma profunda incapacidade de apreender seu tema como um todo" (1873: 153). Austin deixa claro que a guerra com as colônias norte-americanas e o estado de tensão contínua que havia entre os Estados Unidos e a Inglaterra desafiava abertamente os cálculos utilitaristas mais sensatos, e que fora engendrada por afirmações apolíticas de "soberania" e "direitos": "A maioria estúpida e enfurecida que se lançou nessa guerra odiosa não se dava conta nem falava sobre outra coisa que não fosse a *soberania* da mãe-pátria e seu suposto *direito* a tributar seus súditos coloniais." Em contraste, a questão dominante deveria ter sido como a Inglaterra devia ter procedido em nome de seus principais interesses. Os governos têm "projetos", e se o projeto do governo inglês estava mudando, a conversa sobre direitos deveria ter sua importância reduzida. O termo "soberania" denota um fenômeno social vivo, mutável; não estamos lidando com um conceito lingüístico abstrato. Da mesma maneira, as pessoas que falavam em direitos como se estes existissem fora do processo que os criara e lhes atribuíra significado, estavam enganadas: "Como se um direito tivesse valor por si próprio, ou em nome de alguma coisa a ser acalentada e afirmada independentemente do bem que pudesse trazer" (1873: 123-4). Para Austin, os conceitos acham-se inseridos nos processos sociais. Não faz sentido falar de direitos como se eles se sustentassem sobre suas próprias bases – os direitos não param de pé por si sós, mas extraem seus fundamentos da realidade dos deveres correspondentes; deveres que devem ser exeqüíveis para poderem ter existência real[21].

OS CONCEITOS DE AUSTIN SÃO PARTE DE UMA SÍNTESE GERAL

Austin elabora suas lições com referência a uma síntese intelectual categórica da análise e do progresso social; apresenta uma concepção da condição humana que reproduz um princípio fundamental – o da utilidade – que irá servir de símbolo da justiça social. Sua discussão do princípio de utilidade na Lição III, e do bem comum na Lição IV, demonstra a síntese subjacente que confere sentido ao objeto analítico de suas lições, isto é, "desenvolver e expor os princípios e distinções implícitos

21. Austin está tão certo disso que afirma que os deveres precedem os direitos. Os direitos derivam de um conjunto de deveres. Em sua revisão das *Lições de filosofia do direito* de Austin, John Stuart Mill pôs em dúvida essa relação de dependência, dando o exemplo dos papéis respectivos do carcereiro e do prisioneiro. "É dever [do carcereiro] manter [os prisioneiros] confinados, talvez em grilhões", mas como podemos dizer que o direito de um prisioneiro é criado? Do mesmo modo, "é dever do carrasco infligir a pena de morte a todas as pessoas que com tal finalidade lhe são levadas; poder-se-ia, contudo, fazer menção ao culpado como alguém que tem o direito de ser enforcado?" ("Austin on Jurisprudence", em *Dissertations and Discussions*, 4 volumes, Boston, 1868, 4: 236 e 234).

na idéia do direito". A Lição III fornece o contexto da abordagem analítica de Austin; trata-se, sobretudo, de uma indicação de sua compreensão abrangente do empreendimento sociojurídico para a construção da modernidade. Contudo, para considerar a Lição III como muito importante para a compreensão da filosofia jurídica de Austin, precisamos levar em conta a natureza e o significado de seu pensamento jurisdico "positivo" em si.

QUAL É A BASE EPISTEMOLÓGICA DA ANÁLISE DE AUSTIN: SERÁ ELE UM SIMPLES POSITIVISTA CONCEITUAL, UM EMPIRISTA OU UM SOCIÓLOGO?

Segundo uma famosa crítica feita por H. L. A. Hart a Austin, este deu início a seu *corpus* teórico propondo uma definição conceitual do direito, em vez de chegar a um entendimento do direito que fosse posterior à observação da natureza dos fenômenos jurídicos. Ao definir o direito em termos de comandos, obediência habitual e sanções, Austin pode ser acusado por Hart (1961: capítulos 2, 3 e 4) de não ter se dado conta da riqueza da legalidade; especificamente, do papel do direito na constituição política do Estado moderno, do elemento normativo das regras jurídicas e do aspecto de concessão de poder de muitas regras jurídicas. Ainda que concordasse que o positivismo jurídico era a metodologia correta, Hart sentiu-se então capaz de oferecer um novo ponto de partida, um início baseado no deslindamento de diversas armadilhas lingüísticas e no retorno a nossa preocupação com a realidade (supostamente de qualquer maneira) do funcionamento cotidiano do direito. Para Hart, Austin começou com uma definição e em seguida elaborou uma estrutura a partir dela, em vez de examinar a variação existente nos efeitos e nas funções do direito. A questão colocada por Hart (ainda que suas críticas a Austin sejam equivocadas por várias razões) fora mais bem apresentada no século XIX por Nietzsche, que uma vez queixou-se de que a abordagem positivista da filosofia separava conceitos e vida ao submetê-los a uma análise conceitual sem nenhuma preocupação com as circunstâncias que lhes davam vida e forneciam o contexto do qual extraem seu verdadeiro significado[22]. Austin é em parte um conceitualista; ele começa com uma definição do direito, mas há um aspecto muito sério nessa definição. A definição de Austin se ajusta a sua agenda reformista; deixa claro que o direito é um instrumento do governo. Austin, porém, não é geralmente contextualizado; ao contrário, seja o que for que se diga sobre ele, predomina sempre a atribuição de uma epistemologia positivista e uma metodologia analítica. H. L. A. Hart afirma que o legado duradouro é

22. "A filosofia reduzida a 'teoria do conhecimento' não é, de fato, mais que um tímido modismo e uma doutrina da abstinência – uma filosofia que nunca vai além do limiar e se esforça por negar-se o direito de entrar – isso é filosofia no limite de sua autoridade, um fim, uma agonia, uma coisa de dar pena. Como poderia tal filosofia *predominar?*" (*Beyond Good and Evil* [Para além do bem e do mal], A 204).

o de separar direito e moralidade[23]. A força de Austin, portanto, está em ter abstraído o significado central dos conceitos de sua inserção social e ter lhes dado vida independente e autônoma[24]. Ao criar essa estrutura autônoma, essa independência, "foi Austin quem primeiro demonstrou aos juristas ingleses, em seu próprio idioma, de que modo o conhecimento, inclusive aquele do direito inglês não sistematizado, com seus labirintos de detalhes, podia ser ampliado e ter sua exposição aperfeiçoada mediante o uso de uma estrutura teórica e uma análise precisa" (Hart, 1954: xvii).

Qual é, porém, o *status* da análise do direito de Austin? Em outras palavras, qual é a natureza de sua pretensão a "conhecer" o direito? A questão não costuma ser vista como um problema nos textos didáticos: Austin pode ser rotulado de arquipositivista ou de empirista ingênuo. Por outro lado, os críticos alegam que ele toma um tipo de direito, o direito criminal com sua centralidade de coerção, e a partir dele desenvolve incondicionalmente seu pensamento. Sem dúvida, a preocupação analítica de Austin põe grande ênfase na exposição do direito do modo como este se lhe apresenta. Como ele se apressa a esclarecer,

> A existência do direito é uma coisa; outra é seu mérito ou demérito. Se existe ou não é uma pergunta; se se ajusta bem ou não a um padrão aceito já é outra pergunta (1873: 220).

Portanto, Austin leva as questões de reforma jurídica, as questões sobre qual deveria ser a natureza do direito, para o domínio da ciência da legislação, enquanto a análise do direito fica restrita a um estudo positivista das leis postas pela autoridade central do Estado[25]. Ele lega uma metodologia à tradição positivista jurídica da resposta à pergunta "o que é o direito?" ao engajar-se numa busca de tipo "escritura matriz", pois, uma vez que possamos demonstrar que as leis foram validamente elaboradas, damos por finda nossa análise da natureza do direito. A definição de Austin, porém, é na verdade mais ampla; é uma concepção política do direito. Para Cotterrell (1989: 61), essa "visão governamental do direito" implica que "em certo sentido o direito é, para ele, governo de fato". Se for esse o caso, depreende-se que conhecer o significado do direito significa conhecer o significado do governo. Em outras palavras, direito e governo não podem existir fora do *processo de governo*.

23. "As principais doutrinas de *The Province of Jurisprudence Determined* podem ser facilmente identificadas nos predecessores de Austin (...). A realização de Austin consistiu em separar essas doutrinas das discussões políticas e filosóficas nas quais estavam inseridas, e em reafirmá-las com nova firmeza, senso de detalhe e precisão, de modo que os advogados e pensadores políticos pudessem não apenas entendê-las, mas também usá-las para dissipar a confusão (...)" (Hart, 1954: xvi).

24. Por volta de 1881, Amos podia afirmar que Austin "libertou o direito do corpo morto da moralidade que ainda se apegava a ele" (Amos, *The Science of Law*, 5ª edição, 1881: 4).

25. Ainda que certos autores, por exemplo na 5ª edição de Lloyd, afirmem que "Austin evita a palavra 'Estado'", ele afirma que, enquanto "Estado" tem um grande número de significados, "o 'Estado' é geralmente sinônimo de 'o soberano'. A palavra designa o indivíduo ou o conjunto de indivíduos que detém o poder supremo numa sociedade política independente. É esse o significado que associo ao termo" (1873: 249, nota [p]).

Para Austin, o direito é essencialmente uma questão de processo: um direito/regra é uma espécie de comando emitido dentro de uma sociedade política por dirigentes políticos a súditos políticos, contexto no qual o dirigente político tem o poder, se assim o desejar, de infligir um mal ou sofrimento quando o comando for desobedecido. Se uma série de comandos for desobedecida e não se infligir mal algum, não decorrendo, portanto, obediência alguma, simplesmente não faz sentido afirmar que um sistema legal está em vigor.

Austin emprega os termos soberano, comando, sanção e obediência habitual para lidar com um fenômeno social complexo[26]. Assim, para sir Henry Maine, escrevendo em fins do século XIX, Austin estava respondendo a uma transformação social[27]. O teórico social alemão Max Weber (1978), escrevendo no mesmo período, citou Austin como o escritor que realizou o necessário processo de racionalização (no contexto dos estudos jurídicos ingleses) que o sistema jurídico anglo-americano exigia para o desenvolvimento de uma nova forma de administração governamental. Cotterrell, escrevendo em 1989, encontra em Austin conceitos e descrições do direito apropriados à ascensão do Estado centralizado. O modo como Weber definiu esse processo de racionalização é o tema do capítulo 11 deste livro, mas é tentador dizer que a distância entre Austin e Hart é que Austin testemunhou o desenvolvimento do processo de racionalização (do qual foi fervoroso partidário), enquanto Hart (1961) viveu em meio a seus resultados[28].

Há mais em jogo do que simplesmente afirmar que Austin tem aguda consciência das realidades sociológicas; é muito fácil chegar a tal conclusão[29]. Todas as suas

26. Para Cotterrell (1989: 79), "trata-se de reflexos conceituais de um tempo e lugar específicos, transformados de um modo que lhes confere o potencial de falar a outras gerações, sob diferentes circunstâncias jurídicas. No caso de Austin, porém, esses conceitos são formulados com uma clara consciência das questões sociológicas que suscitam". Uma dimensão de seu pensamento "quase totalmente ignorada por seus críticos no campo do pensamento jurídico normativo".

27. "Porém, se os analistas jurídicos deixaram de perceber muita coisa que só pode ser explicada com o auxílio da história, eles viram muito que, inclusive em nossa época, é incorretamente visto por aqueles que, por assim dizer, deixam-se levar pela história. A despeito dos fatos, a soberania e o direito só aos poucos haviam assumido uma forma na qual respondiam à concepção que deles haviam formado Hobbes, Bentham e Austin, mas a correspondência realmente existia em sua época, e tendia continuamente a tornar-se mais perfeita" (Sir Henry Maine, "Sovereignity and Empire", em *Early History of Institutions*, 396-7).

28. De fato, a teoria do direito de Hart enquanto sistema auto-regulador de regras no qual as autoridades jurídicas e políticas são, elas próprias, constituídas por regras em suas funções, é uma interpretação quase didática na linguagem da jurisprudência analítica de um sistema weberiano de regulamentação jurídica; completo, como veremos com o disciplinamento normativo que antecede a normatização do sujeito na modernidade tardia.

29. Austin tem sempre um olhar apurado para a realidade social. Sua mensagem aos que argumentariam contra o poder inconteste que o Estado tem de determinar que uma lei é imoral, e portanto não válida, era sociologicamente realista. Como ele colocou ao afirmar que o direito positivo pode ter qualquer conteúdo moral: "Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que dela não gostemos ou que difira do texto através do qual regulamos nossa aprovação e desaprovação (...).

Afirmar que as leis humanas que se chocam com a lei divina não são obrigatórias, isto é, que não são leis, é totalmente absurdo. As leis mais perniciosas e, portanto, aquelas que mais subvertem a vontade de Deus, têm sido e são continuamente aplicadas pelos tribunais judiciais. Suponhamos que um ato (...) seja

discussões de seus conceitos são submetidas a testes de realidade social, seja o que for que se pense sobre sua real eficácia. Três exemplos: (i) Austin traça uma distinção entre sociedades naturais e políticas, e o teste é sociológico: "A marca positiva da soberania e da sociedade política independente é um teste falível em casos específicos ou particulares" (1873: 233). (ii) Em circunstâncias revolucionárias, a aceitação, com o tempo, dos comandos de novos governantes é o teste para se saber se está em vigor um novo conjunto de leis. (iii) Austin deixa claro que, teoricamente, todos os indivíduos de uma sociedade poderiam ser parte do soberano (ou, mais corretamente, "exercer poderes soberanos"), mas, em termos de realidade social, nenhuma sociedade permite que mais que uma minoria tenha acesso ao poder político.

Não há dúvida de que Austin tem profunda consciência da complexidade e ambigüidade do mundo social e político. Além disso, ele parece consciente da contingência permanente das questões humanas. Ainda que, idealmente, a utilidade "deva" sair vencedora se deixada sem organização[30] (deixada no sentido de "sem a força de vontade de organizar a sociedade humana racionalmente, ou os instrumentos políticos para fazê-lo"), as questões humanas podem – a qualquer momento – mergulhar no fanatismo e no caos. A sociedade humana moderna é um avanço sobre o que veio anteriormente (Austin se refere amiúde aos vestígios de um passado bárbaro), enquanto o passado também tem muito da grandeza que de certa forma se perdeu (por exemplo, Austin demonstra grande reverência para com a clareza e a lógica das estruturas de pensamento que floresceram na Roma antiga, ainda que fossem imperfeitas[31]); em suma, a vida é precária. Num sentido muito real, a qualidade da vida humana em sociedade depende da vontade dos dirigentes políticos de impor e fazer cumprir a ordem racional. Depende da vontade que eles tenham de ser modernos.

A filosofia do direito tem, aqui, um papel a desempenhar. A filosofia jurídica da pré-modernidade faz sentido quando o significado dos conceitos é interpretado como parte de uma síntese mais ampla. Contra isso, a criação austiniana de uma "ciência abstrata do direito" tem a desempenhar um papel ao mesmo tempo destrutivo e construtivo. Ela rompe o domínio da opinião do passado, e ao fazê-lo permite que se instaure uma nova racionalidade[32]. A reivindicação de conhecimento de

proibido pelo soberano com a pena de morte; se eu praticar esse ato, serei julgado e condenado, e se eu não concordar com a sentença, que é contrária à lei de Deus, (...) o Tribunal de Justiça irá demonstrar a inconseqüência de meu raciocínio ao enforcar-me, em conformidade com a lei cuja validade foi por mim contestada (...)" (1873: 220-3). Os argumentos de desobediência civil não foram discutidos em profundidade por Austin, que era um utilitarista dedicado.

30. Ver discussão de Austin no início da Lição III (1873: 127).

31. Por exemplo, ainda que a noção de bem comum fosse corretamente colocada como o objetivo da política, as repúblicas antigas sacrificavam o indivíduo à "árida abstração" do bem público (1873: 161).

32. Como Austin prossegue, em sua discussão da desobediência à lei: "Induzir o povo à resistência através de certas concepções de utilidade pode ser útil, pois a resistência, quando fundamentada em perspectivas claras e definidas de bem-estar, é às vezes benéfica. Contudo, afirmar publicamente que todas as leis perniciosas ou contrárias à vontade de Deus são inúteis e não devem ser toleradas, é o mesmo que pregar a anarquia, igualmente hostil e perigosa à regra sábia e benigna e à tirania estúpida e insolente" (1873: 221).

Austin é parte, e não antecedente de seu projeto geral. Austin não é um simples positivista no sentido de que sua afirmação do conhecimento não tenha pretensões a nada mais que a "coisa-em-si", pois sua imagem do direito positivo é um elemento de uma estrutura geral. A mensagem positiva fundamental consiste em deixar claro em que medida podemos emitir afirmações que façam sentido a propósito do direito, mas isso não significa que um entendimento geral esteja necessariamente perdido. As afirmações de Austin sobre filosofia do direito são pragmáticas no sentido de que a exigência de uma teoria jurídica clara se coloca no sentido de que algo seja feito, e esse algo consistiu em criar uma imagem do direito que lhe permitiu tornar-se um instrumento poderoso e racional da modernidade. É possível, contudo, sugerir que a confiança que Austin inicialmente sentia por isso enquanto fenômeno social prático e exeqüível foi mais tarde comprometida por uma série de dúvidas. Pode ser que no dilema fundamental do pensamento de Austin possamos entrever a prefiguração do destino de nossos tempos presentes (pós-modernos?): a falta de diretrizes do direito.

DIGRESSÃO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE POSITIVISMO E O POSITIVISMO JURÍDICO DE AUSTIN

> (...) nas ciências físicas, considera-se que um único experimento conduzido com exatidão é uma base sólida para se chegar a uma conclusão universal ou geral, o que é apropriadamente chamado de indução (Austin, 1873: 679).

Portanto, Austin defendia o uso da indução como método pelo qual a *ratio* – ou o verdadeiro princípio ou regra de direito – pudesse ser criada mesmo a partir de um único caso citado a um juiz. Seu modelo para o positivismo, como para toda a sua filosofia jurídica, era o progresso alcançado nas ciências físicas ou naturais. O positivismo jurídico de Austin foi expresso com a confiança crescente na força progressista do conhecimento que se desenvolvia nos primórdios do século XIX. Ainda que o termo "direito positivo" tenha sido usado por Hobbes, por exemplo, para quem denotava o direito criado pelo homem, em oposição ao direito divino ou natural, o século XIX testemunhou o desenvolvimento de um corpo mais abrangente de pensamento que foi chamado de "positivismo". Esse positivismo realmente provém de Auguste Comte (1798-1857), pensador social do século XIX (e criador do termo "sociólogo") que justapôs a investigação de fatos positivos, a observação de fenômenos e o desenvolvimento indutivo do direito à especulação metafísica e ao dogma teológico; acreditava-se que a metodologia positivista teria conseqüências sociais de extrema importância, tornando possível uma nova ordem mundial[33]. O positivismo veio

33. O tom das *Lectures on Jurisprudence* de Austin, particularmente o da Lição III, lembra muito de perto a confiança demonstrada por Comte no avanço do conhecimento. Auguste Comte via o século XIX como a época do nascimento da "ciência positiva", que traria consigo uma visão de mundo e um pensamento social que substituiriam as épocas passadas, nas quais haviam predominado o teológico (ou fictício) e o metafísico.

a ser associado aos métodos empíricos de investigação e, em particular, a uma abordagem unificada de pesquisa que reivindica a universalidade dos métodos das ciências naturais.

Austin deixa claro que a razão de tornar-se positivista está no fato de ser esse o caminho para a verdade, e que somente a verdade pode ser um guia seguro para o progresso social da modernidade. Na análise do direito de Austin, uma vez que tenhamos chegado a um acordo sobre a metodologia positivista devemos aceitar a verdade da análise (razão pela qual devemos aceitar a verdade da economia política como algo que nos informa sobre a verdade da política econômica) e, ao desenvolver nossa análise, devemos abrir mão de nossos desejos subjetivos (Lição III). Qual é, porém, o *status* do desejo austiniano de seguir a verdade? Essa discussão pode ser aclarada por meio do exame da crítica formulada por Karl Popper sobre a pureza do positivismo.

Objeções ao positivismo: o exemplo de Karl Popper

Em uma série de obras que datam de meados da década de 1930, Karl Popper, talvez o mais conhecido filósofo de textos científicos publicados em língua inglesa no século XX, criticou o positivismo por sua tendência a projetar o processo científico como uma iniciativa mecânica ou desvinculada da idéia de valor. Popper achava que o positivismo, ou naturalismo ou cientificismo, termos aos quais dava preferência, ajustava-se à visão corriqueira do modo como os cientistas trabalhavam, mas não correspondia à realidade da prática científica.

Primeiro, a visão corriqueira. Segundo tal imagem, os cientistas partem de observações e avaliações, coletando dados criteriosamente e compilando estatísticas; depois de identificar padrões e regularidades avançam, por meio da indução, até chegar a conclusões gerais ou a leis capazes de descrever seus dados. Essa abordagem é uma garantia de objetividade, uma vez que os cientistas se esforçam por eliminar todos os preconceitos subjetivos. Quando aplicado às ciências sociais, esse procedimento pode então ser visto como "isento de valores", o que significa que o pesquisador se distancia ao máximo de seus próprios valores e de suas opiniões pessoais. Uma metodologia descritiva fornece o ponto de partida do processo (podemos notar que as críticas dirigidas por H. L. A. Hart em *The Concept of Law* (1961) a Austin situam-se no contexto da alegação metodológica de Hart de que ele está se engajando em uma mera análise descritiva da legalidade – uma alegação repetida no pós-escrito da edição de 1994 de *The Concept of Law*).

Para Popper, essa descrição não passa de um mito infeliz. Sob o argumento de que o naturalismo ou o cientificismo não é apenas uma exposição inexata do modo como os cientistas realmente trabalham, mas que também não é garantia de objetividade ou isenção de valores, Popper indica outra versão do procedimento científico. Em vez de começar pela coleta de dados ou pelas observações, os cientistas têm em mente conjuntos de problemas para os quais formulam soluções especulativas. Para Popper, o verdadeiro teste da boa ciência consiste em saber se essas soluções são ou não estruturadas de modo que se mostrem abertas à crítica e permitam que a comunidade científica tenha acesso às idéias e aos dados experimentais a fim de poder testá-los – e não que sejam afirmações dogmáticas da "verdade" – com base na observação e na coleta de dados. Se uma solução for refutada, o cientista tenta outra solução até que se encontre uma capaz de resistir temporariamente às críticas. Essa solução é então aceita até que novas críticas venham contestá-la. Portanto, a ciência não opera de modo indutivo, da observação para leis gerais, mas de modo dedutivo. Com a palavra "dedução", Popper não se mostra tão preocupado com a transmissão da verdade que vai de premissas a conclusões, ou seja, com a idéia de que, se as premissas são verdadeiras, as inferências delas extraídas são também verdadeiras. Ao contrário, preocupa-se com a transmissão inversa da falsidade que vai de conclusões a premissas. Se acharmos que as conclusões são falsas, então um ou mais dentre os pressupostos iniciais devem ser igualmente falsos. Portanto, o procedimento do cientista não depende de teorias indutivamente derivadas de fatos positivos, mas da falsificação de soluções experimentais propostas a problemas. A ciência da natureza, assim como as ciências sociais, são conduzidas como experiências intermináveis de tentativa e erro.

Popper também questiona a suposta objetividade dos procedimentos científicos. O esquema mítico que ele ataca coloca a objetividade da ciência como algo que depende da objetividade do cientista. Assim, chegamos a uma posição em que o cientista deve depurar-se de preocupações humanas e subjetividades pessoais. Um objetivo só estará assegurado quando o cientista, enquanto pessoa, eliminar todos os pressupostos subjetivos. Para Popper, porém, a objetividade é um fator não da pessoa, mas um produto ou uma qualidade do método crítico em si; ele afirma que a objetividade se instaura através da crítica mútua dos cientistas – a objetividade é um produto social. Segundo esse ponto de vista, o cientista natural não é nem mais nem menos partidário ou "subjetivo" do que sua contraparte da ciência social. Toda ciên-

---

Comte acreditava que "a humanidade encontra-se agora no limiar da vida plenamente positiva, cujos elementos estão todos preparados, e apenas espera que a coordenação destes venha formar um novo sistema social, mais homogêneo e estável do que tudo que o homem já vivenciou até o momento" (*Cours de philosophie positive*, VI: 436). Esse novo conhecimento, uma sociologia positiva, forneceria um *corpus* de crenças cientificamente verificáveis (uma "religião positiva") que daria uma nova base às sociedades européias, dilaceradas pela revolução e pela quebra da unidade religiosa. No *Système de politique positive* [Sistema de política positiva], particularmente no Livro IV, Comte argumenta que, enquanto a unidade de crença for essencial tanto para a sociedade doméstica quanto para a internacional, será possível obtê-la através de novos conhecimentos e *insights* das condições sociais e internacionais. Por exemplo, um novo interesse comum entre as nações poderia basear-se no "estabelecimento de uma doutrina social comum às diferentes nações e, conseqüentemente, a uma soberania espiritual habilitada a sustentar essa doutrina (...). Até que isso aconteça, a ordem européia estará sempre no limiar da perturbação, não obstante a ação, igualmente despótica e inadequada (ainda que provisoriamente indispensável) exercida pela aliança imperfeita dos antigos poderes temporais, mas que não pode oferecer nenhuma garantia sólida de segurança" (1973: 642-3).

cia extrai sua objetividade de uma tradição crítica que permite e estimula a crítica das teorias dominantes. A objetividade na ciência está diretamente associada a circunstâncias sociais e políticas, e não a preconceitos deste ou daquele pesquisador. Em última análise, isso é explicável

> (...) em termos de idéias sociais como competitividade (tanto de cientistas individuais quanto de diferentes escolas); tradição (sobretudo a tradição crítica); instituições sociais (por exemplo, a publicação em vários periódicos concorrentes e por vários editores concorrentes, bem como as discussões em congressos); o poder do Estado (sua tolerância pelo livre debate) (1976: 96).

Não é que exista um domínio perfeito de realidade verdadeira que possamos usar para corrigir nossas teorias e nossos enunciados lingüísticos; ao contrário, podemos manter a idéia da existência da realidade independentemente da mente humana operando como ideal regulador enquanto nos damos conta de que nossas concepções e experiências científicas remetem a um nível de "conhecimento" que mal chega a aproximar-se dessa verdadeira "realidade". Não precisamos tomar por base a idéia de nossos conhecimentos como reflexos da realidade absoluta; em vez disso, podemos lidar com uma noção funcional de objetividade, e deveríamos nos empenhar em criar as condições nas quais os cientistas pudessem aplicar o método crítico-racionalista e assimilar as afirmações e os resultados verdadeiros dos outros.

II. COMPREENDER A ESTRUTURA DA FILOSOFIA JURÍDICA DE AUSTIN

Resumindo a argumentação anterior: muitos dos comentários sobre a obra de Austin enfatizaram certas definições ou citações para fins de análise crítica, e minimizaram a inter-relação fundamental do todo. O tema condutor das lições de Austin é o papel do direito na criação do bom governo; a chave é fornecida pela utilidade, que apresenta uma concepção basilar: "em uma cadeia de lições sistemáticas sobre os fundamentos lógicos da teoria jurídica, tal exposição é um elo necessário" (1873: 84). A utilidade não é apenas um instrumento para se avaliar o que o direito deveria ser; é a chave para se demonstrar de que modo a interação social realmente cria o direito do modo como ele é. Austin era um utilitarista consumado, fato que, como sugerem comentaristas recentes, levou-o a avançar do mero empirismo para uma explicação comprometida e normativa do direito: o direito é o mecanismo do governo utilitarista[34].

34. Tanto para Sarah quanto para John Austin, o conhecimento garantia a autoridade racional. Seus argumentos em defesa do ensino primário universal era o de que "permitia a criação de uma lealdade inteligente e instruída à autoridade" (Lotte e Joseph Hamburguer, 1985: 38). A autoridade precisava de uma nova base racional devido à desintegração moral e social, bem como ao fato de que as fontes da autoridade haviam sido destruídas.

A DEFINIÇÃO DO DIREITO

Como já se observou aqui, Austin inicia suas lições com uma clara definição do direito; a questão intelectual que se coloca não é lembrar como ele inicia a Lição I, mas sim compreender o significado pleno por detrás das palavras:

> A matéria da teoria jurídica é o direito positivo; direito, simples e expressamente assim denominado, ou direito estabelecido por dirigentes políticos para subordinados políticos (...).
>
> Pode-se afirmar que uma lei, na acepção mais geral e abrangente em que o termo é empregado em seu sentido literal, é uma regra estabelecida para a orientação de um ser inteligente por um ser inteligente que tem poder sobre ele (...).
>
> Dentre as leis ou regras criadas para os homens, algumas são estabelecidas por dirigentes políticos, soberano e súdito; por pessoas no exercício do governo supremo e subordinado, em nações independentes ou sociedades políticas independentes [é este o objeto da ciência positiva do direito].

Austin não recusou um papel ao direito natural, mas deixou de levá-lo em consideração. Em certos sentidos, Austin é um pluralista jurídico: *sua teoria positiva do direito é uma teoria de um único tipo de direito: os comandos dos dirigentes políticos formulados para os subordinados políticos numa sociedade política independente*. A teoria do direito positivo de Austin é uma imagem do direito centrada no Estado. Ele não nega que grande parte da existência cotidiana seja vivida por pessoas sob o domínio do *status*, do costume, ou de prescrições morais; simplesmente afirma que o tema apropriado a uma ciência positiva do direito positivo são as leis criadas em sociedades políticas independentes (nações-Estado) por dirigentes políticos para subordinados políticos, e que têm a autoridade do poder de coerção do Estado por detrás delas.

O DIREITO É TANTO UMA CRIAÇÃO QUANTO UM ELEMENTO CONSTITUTIVO DA CIVILIZAÇÃO

A nação-Estado confere vida ao direito positivo, e a utilidade fornece o instrumento de medição através do qual se podem criar políticas progressistas. Sem o fator da obediência do público geral às leis, nenhum governo seguro se torna possível; sem governo seguro não há propriedade, fruição de posses ou cultura. O direito, devidamente assim denominado, só passa a existir com a ascensão de sociedades políticas independentes e a criação de um soberano, mas o direito também permite que tais organizações existam (ver discussão sobre soberania).

A RELAÇÃO ENTRE PODER E SUPERIORIDADE

Somente Deus mantém (com o homem) uma relação de poder absoluto. As relações sociais são recíprocas e instáveis: "a parte que é superior quando vista a partir de uma perspectiva revela-se inferior quando vista a partir de outra" (1873: 99). Em tempos normais, um monarca pode ser "o superior dos governados: seu poder é em geral suficiente para obrigar à obediência a sua vontade. Os governados, porém, coletivamente ou em massa, são também superiores ao monarca, que se contém no abuso de sua força por medo de provocar sua ira, transformando em resistência ativa o poder que se encontra latente na multidão" (1873: 99). Os indivíduos desempenham um grande número de papéis e funções: um indivíduo pode ser um "membro de uma assembléia soberana" e, desse modo, superior a um juiz no sentido de ser um dos membros responsáveis pela criação de leis que sujeitam esse juiz, mas esse mesmo indivíduo também é um "cidadão ou súdito" responsável, perante tal juiz, por sua vida de obediência às leis.

A UTILIDADE É O PRINCÍPIO-CHAVE DA JUSTIÇA SOCIAL

As Lições III e IV contêm uma defesa do princípio de utilidade (o mais próximo critério de direito, e a técnica para a criação de políticas na administração social) e uma interpretação do objetivo da organização política, ou seja, o bem comum.

A primeira afirmação de Austin é a de que os homens são falíveis; os seres humanos simplesmente não podem, por si sós, dominar a verdade da condição humana, e a autoridade, o testemunho e a confiança são inevitáveis. Mesmo em um sistema ideal de direito e moralidade em rigorosa sintonia com os princípios morais, as regras podem ser conhecidas, mas os fundamentos lógicos que existem por detrás delas não podem dar-se a conhecer em sua plenitude. Toda ciência requer uma certa fé na autoridade, pois, enquanto o papel dos especialistas é investigar, analisar e disseminar suas descobertas, o público deve "confiar, normalmente, nas conclusões às quais chegamos por via autorizada". Enquanto essa confiança, essa deferência para com a autoridade, é "perfeitamente racional", nenhuma estrutura desse tipo existe atualmente no que diz respeito à ética. Portanto, as ciências ligadas à ética (legislação, política e economia política) acham-se num estado de confusão que se deve, em boa parte, ao fato de os que investigaram a ética não terem adotado a atitude científica da imparcialidade e "terem, desse modo, chegado a resultados divergentes". Isso condena a maioria da população, que não dispõe nem de tempo nem de recursos para adotar uma atitude totalmente crítica e indagadora diante dos testemunhos que lhe são oferecidos, a permanecer à mercê da opinião. De modo concomitante, boa parte das estruturas jurídicas e morais atualmente em vigor "têm por base o costume instintivo, e não a inflexível razão", e são muitos os obstáculos à difusão e ao avanço da verdade ética. Na época em que escreveu seus textos sobre jurisprudência, porém, Austin estava otimista com relação ao fato de que uma ciência ética apropriada poderia estabelecer-se e superar seus obstáculos. Com o tempo, enquanto um conhecimento profundo ficaria restrito aos poucos especialistas, a população poderia assimilar os princípios condutores e, "se imbuída desses princípios e hábil na arte de aplicá-los, mostrar-se-ia dócil à voz da razão e bem armada contra os erros e sofismas" (1873: 131). Essa difusão da verdade ética diminuiria drasticamente a discórdia social e revelaria um conhecimento apropriado da natureza da cooperação social[35]. Austin dá o exemplo da instituição da propriedade privada, exigida pela utilidade porém alvo de muitos "preconceitos perniciosos". "Para os pobres ignorantes, a desigualdade que inevitavelmente se segue à benéfica instituição da propriedade é necessariamente odiosa. O fato de que eles, que trabalham duramente e produzem, devam viver com tão pouco enquanto outros, que 'não cultivam os campos nem fiam', regalam-se com os frutos de seu trabalho, parece, aos olhos invejosos dos pobres e ignorantes, um monstruoso estado de coisas: uma situação mantida por poucos à custa de muitos, em franca incompatibilidade com os caridosos desígnios da Providência." Esse preconceito tem muitas conseqüências. Provoca boa parte dos crimes que têm na pobreza sua causa imediata, mas que na verdade decorrem de uma visão equivocada do que é socialmente possível. De modo crucial, cega o povo à verdadeira causa de seus sofrimentos e das únicas soluções verdadeiramente possíveis. "A necessidade e o trabalho decorrem da mesquinharia da natureza, e não da desigualdade que é uma conseqüência da instituição da propriedade." Austin então afirma que a condição humana na terra exige a instituição da propriedade privada, e que o mecanismo decisivo do capital é conseqüência direta da propriedade. Ainda que os pobres sejam usados pelo capital, desfazendo-se necessariamente dos frutos de seu trabalho, e estejam "condenados" a um "trabalho eternamente fatigante e servil", Austin reconhece a co-dependência que o processo engendra: "Com efeito, ainda que não no direito, os trabalhadores são co-proprietários com os capitalistas que contratam seu trabalho."

Austin faz então uma afirmação extraordinária: na verdade, diz ele, se os pobres chegarem a entender os princípios da economia política, poderão mudar a natureza de sua posição e negociar poder, forçando assim uma surpreendente melhora de suas condições. De novo, é a certeza absoluta de Austin na força de uma "verdade" o que lhe permite dizer: "No verdadeiro princípio da população, descoberto graças à sagacidade do sr. Malthus, deve ela buscar a causa e o remédio para sua penúria e excesso de trabalho árduo" (1873: 133). Mediante o uso de seu conhecimento, o povo poderia pôr fim à "sórdida sujeição ao domínio arbitrário de alguns poucos",

35. Tanto para Sarah quanto para John Austin, o conhecimento era uma garantia de autoridade racional. Sua argumentação em favor da educação primária elementar enfatizava o fato de que "permitia a criação de uma lealdade inteligente e instruída à autoridade" (Lotte e Joseph Hamburger, 1985: 38). Uma nova base racional para a autoridade se fazia necessária devido à desintegração moral e social, bem como ao fato de que as fontes tradicionais de autoridade tinham sido minadas.

entenderia que os ataques à propriedade são na verdade ataques às instituições que criam a acumulação, descobriria que realmente tem um profundo interesse pela segurança da propriedade e que, "se ajustassem a totalidade de seus membros à demanda por seu trabalho, compartilhariam abundantemente, com seus empregadores, das bênçãos dessa proveitosa instituição".

Como observamos na terceira das citações no início deste capítulo, Austin afirmava que um povo esclarecido era mais útil a um juiz do que todo um batalhão de policiais. Chisick (citado em Bauman, 1987: 80) afirmou que "nem mesmo no auge do Iluminismo considerou-se que as pessoas eram capazes de pensamento independente ou de opção política", enquanto Bauman (*ibid.*: 80) afirma que "as falhas intrínsecas da 'multidão' impunham limites intransponíveis à ilustração, compreendida como o desenvolvimento da capacidade de pensamento claro e racional e tomada de decisões competentes. Ilustração era algo de que os governantes precisavam; seus súditos careciam de treinamento para a disciplina". Bentham havia escrito com a máxima clareza, demonstrando confiança numa divisão social na qual muitos seriam aproveitados pelo mercado e pelo utilitarismo, enquanto o panóptico e a disciplina estariam à espera dos incivilizados" (Moarrison, 1996). Se o panóptico era o nó górdio benthamista que mantinha a ordem social, a crença na conquista e na clareza do conhecimento positivo tinha a mesma função para Austin. O mundo era o tema de análise, e as diferentes ciências podiam torná-lo transparente; a linguagem dessas ciências podia reproduzir uma realidade subjacente. Austin tem certeza de que "não há nenhuma incerteza específica no tema ou na matéria dessas ciências"; as dificuldades são externas, encontram-se nas atitudes daqueles que as estudaram. O progresso estará assegurado se lutarem pela verdade "com aplicação obstinada e com a devida imparcialidade"[36].

A confiança de Austin na verdade de *An Essay on the Principle of Population* [Ensaio sobre o princípio da população], que o reverendo Thomas Malthus colocara como fundamento da economia política, é reveladora. Em parte como resposta às interpretações otimistas da necessidade de progresso humano (feitas por Condorcet e Godwin, entre outros), Malthus interpôs a alegação pessimista de que a população, se não controlada, aumenta em progressão geométrica, enquanto os meios de subsistência aumentam em progressão aritmética, com conseqüências desastrosas previsíveis. O feito "científico" de Malthus é revelador de uma verdade básica: a de que o governo da sociedade humana não era visto como uma teoria, mas como uma verdade que necessariamente devia servir de diretriz à política. Como diz ele: "Não vejo

36. E em nossos dias? É uma banalidade afirmar simplesmente que as coisas não funcionaram como Austin esperava ou pretendia. A busca desinteressada de conhecimento não resultou em uma estrutura de verdades coerentes e estáveis. Ao contrário, o perspectivismo, o relativismo e o subjetivismo imperam. A confiança nas leis naturais que fundamentam o desenvolvimento humano já se desvaneceu há muito. O direito não pode reivindicar legitimidade simplesmente para pôr em relevo as funcionalidades e estruturas subjacentes à interação social.

como o homem pode fugir ao peso dessa lei que impregna toda a natureza animada." Com esse princípio, Malthus atacou todos os grandes e radicais projetos de engenharia social; a reforma limitada e feita aos poucos era o único caminho realista a ser seguido. Além do mais, o direito deve aliar-se ao direito subjacente do desenvolvimento social; não deve acontecer nada que estimule os pobres a se reproduzirem. Se a estrutura jurídica contivesse quaisquer dispositivos que melhorassem as condições dos pobres, o resultado seria simplesmente a produção de mais filhos e a correspondente redução da criação de riquezas. As leis promulgadas não deviam ser proibitivas quanto à opção, mas destinadas a deixar claras as conseqüências negativas de certas escolhas. Para desencorajar os pobres a ter filhos em condições nas quais seu sustento não estaria assegurado, era preciso criar uma lei que declarasse que nenhuma criança nascida de casamentos futuros seria levada em consideração quando se tratasse de aliviar a pobreza. Portanto, "se algum homem resolver casar-se sem a perspectiva de conseguir sustentar uma família, deve ter a mais cabal liberdade de fazê-lo". Tal homem ficaria, contudo, ao sabor das conseqüências. "Ele será deixado à mercê da punição da natureza, a punição da necessidade... É preciso ensinar-lhe que as leis da natureza, que são as leis de Deus, tê-lo-iam condenado, bem como à sua família, a sofrer pela desobediência a suas reiteradas advertências." Não se trata da punição dos que têm poder político, mas do funcionamento das leis sociais naturais; o direito positivo é apenas o instrumento mediador. Além disso, nenhuma medida pode ser tomada nos casos de filhos abandonados ou ilegítimos: "Se os pais abandonarem seu filho, deverão ser responsabil.zados pelo crime. Em termos comparativos, a criança tem pouco valor para a sociedade, uma vez que logo será substituída por outras." Malthus é igualmente hostil a qualquer idéia de direitos inerentes, e até mesmo, como sugere a citação abaixo, a qualquer conversa sobre o direito social à existência:

> Se o homem que nasce em um mundo já ocupado não puder contar com a subsistência que lhe é devida por seus pais, e se a sociedade não desejar o seu trabalho, ele não terá direito à menor parcela de alimento; na verdade, não terá justificada a sua existência. O poderoso festim da natureza não tem lugar livre para ele. Ela lhe diz que se vá, e cuidará de executar suas próprias ordens (citações extraídas de Arblaster, 1984: 246).

A estrita adesão aos princípios de economia política logo levou ao maior "massacre" do liberalismo inglês, a condenação de 1,5 milhão de irlandeses à morte por inanição de meados a fins da década de 1840, bem como à crueldade da nova lei de assistência social (*ver* Arblaster, 1984: 254-9).

O CONCEITO DE SOBERANIA

Para Austin, "todo governo supremo é legalmente despótico". Dada a estrutura geral do pensamento de Austin, seria ilógico que o soberano fosse limitado pela

lei, uma vez que se trata da autoridade máxima, do centro em que se concentra o poder de uma nação.

> (...) Segue-se que (...) o poder do soberano não é passível de limitação *legal* [grifo de Austin]. (...) O poder supremo limitado pelo direito positivo é uma total contradição em termos.
>
> As leis que os soberanos costumam impor a si mesmos, ou aquelas que costumam impor a seus seguidores, não passam de princípios ou máximas que eles tomam por guia, ou que preconizam como tal aos que os sucedem no poder soberano (1873: 270-1).

Na Lição VI, Austin explica "as características que distinguem as leis positivas" mediante uma análise das expressões:

> "Soberania", a expressão correlata "submissão", e a expressão "sociedade política independente", que lhes é inseparavelmente ligada. (...) Todo direito positivo, ou todo direito simples e expressamente assim denominado, é criação de um indivíduo soberano, ou de um corpo soberano de indivíduos, para um membro ou para membros da sociedade política independente em que tal indivíduo ou corpo detém o poder soberano ou supremo (1873: 225-6).

Enquanto instrumento do poder político, o direito é representado como elemento-chave da garantia de progresso social. Austin faz uma distinção central entre sociedade natural (primitiva, simplista) e sociedade política (em que o direito pode operar).

> Uma sociedade natural, uma sociedade em estado de natureza, ou uma sociedade independente porém natural, é formada por indivíduos que são ligados por relações mútuas, mas que não são membros, soberanos ou súditos, de nenhuma sociedade política.
>
> Uma sociedade só será uma sociedade política se a totalidade de seus membros estiver habituada a obedecer a um determinado superior comum (1873: 231).

Tal sociedade deve ser independente; as elites políticas não devem obediência às ordens de ninguém mais.

> A totalidade ou o conjunto de seus membros deve ter o hábito de obedecer a um certo superior comum, enquanto este determinado indivíduo ou conjunto de indivíduos não deve ter por hábito obedecer a nenhum indivíduo ou conjunto de indivíduos.

Esse critério não é simplesmente uma questão de definição, mas sim de sociologia: "a característica positiva da soberania e da sociedade política independente é um critério falível em casos específicos ou particulares" (1873: 233). Não é difícil encontrar exemplos importantes, e Austin afirma que é assim que as coisas se passam na Inglaterra e em toda sociedade independente relativamente avançada em termos

de civilização; em outras, porém, a obediência ao mesmo superior é prestada por tão poucos de seus membros, ou a obediência geral é tão infreqüente e irregular, que não passam de simples sociedades naturais.

Austin também se refere a uma sociedade política independente como "comunidade política" (1873: 234). Suas questões sobre comando e obediência são idéias que refletem sua preocupação com a capacidade de um governo político concretizar seus desejos. Em períodos de guerra civil ou de revolta nas colônias (Austin se refere à guerra inglesa entre Carlos I e o Parlamento e à revolta do México contra a Espanha), as perguntas que se colocam dizem respeito à situação sociopolítica do modo como esta existe empiricamente:

> Quando a colônia insurgida, que é agora a nação mexicana, passou da condição de província insurgente à de comunidade independente? Quando o conjunto de colonos que trouxe a soberania ao México passou da condição de líderes rebeldes à de governo supremo? Ou quando o conjunto de colonos que trouxe a soberania ao México tornou-se soberano de fato?

Enquanto o conjunto dos membros de uma sociedade política é considerável, "uma sociedade política independente pode ser dividida na parte de seus membros que é soberana ou suprema, e na parte que simplesmente se submete". A composição é uma questão de fato histórico.

> Na maioria das sociedades verdadeiras, os poderes soberanos são monopolizados por um único membro do todo, ou são exclusivamente compartilhados por poucos de seus membros: e mesmo nas sociedades verdadeiras cujos governos são considerados populares, a parte soberana é muito reduzida em comparação com o conjunto da comunidade política. Uma sociedade política independente governada por si própria, ou governada por um corpo soberano formado pelo conjunto da comunidade, não é algo impossível; contudo, a existência de tais sociedades é extremamente improvável (1873: 243).

Austin acrescenta explicações numa nota de pé de página:

> Se todos os membros de uma sociedade política independente fossem adultos e racionais, cada qual estaria naturalmente apto para exercer poderes soberanos; e, se imaginarmos uma sociedade assim constituída, podemos também imaginar uma sociedade estritamente governada por si própria, ou na qual o governo supremo é estritamente o governo de todos. Ocorre porém que, em toda verdadeira sociedade, muitos dos membros são naturalmente inaptos ao exercício dos poderes soberanos: e mesmo numa sociedade cujo governo seja muito popular, os membros naturalmente inaptos ao exercício dos poderes soberanos não são os únicos membros excluídos do corpo soberano. Se acrescentarmos aos membros excluídos em razão de inaptidão natural todos aqueles (as mulheres, por exemplo) excluídos sem tal necessidade, veremos que uma grande maioria, mesmo em tal sociedade, encontra-se em mero estado de sujeição. Conseqüente-

mente, muito embora o governo de todos não seja impossível, toda sociedade verdadeira é governada por um de seus membros ou por alguns de seus membros que provêm do conjunto deles (1873: 243-4).

O conceito de soberania de Austin é freqüentemente mal interpretado. Muitas vezes fazem-se afirmações bizarras, como as de que Austin não teria tolerado a criação da Comunidade Européia (CE, hoje UE [União Européia]). Trata-se de um absurdo. Austin dá um exemplo dos exércitos aliados ocupando a França em 1815, depois da derrota de Napoleão. Durante a ocupação, "as determinações dos soberanos aliados foram obedecidas pelos governos franceses e, através do governo, pelo povo francês em geral. Contudo, como as determinações e a obediência eram relativamente raros e efêmeros, não foram suficientes para configurar a relação de soberania e sujeição entre os soberanos aliados e os membros da nação invadida (...). Apesar dessas determinações, e apesar dessa obediência, o governo francês e seus súditos eram uma sociedade política independente da qual os soberanos aliados não eram a porção soberana" (1973: 228). A implicação é clara: se se houvesse criado uma estrutura política através da qual as determinações fossem regularmente emitidas e obedecidas, teria ocorrido uma mudança na natureza da soberania da França. Talvez, se um conselho de ministros tivesse sido criado, com um representante de cada uma das nações envolvidas, o resultado tivesse sido a criação de uma nova estrutura de subordinação, mas também de independência. O crítico, porém, pode argumentar que essas estruturas são, elas próprias, constituídas por leis. A União Européia é criação do direito. A resposta de Austin teria sido a de Hobbes: o direito que constitui o soberano como uma instituição é, ele próprio, expressão de uma tomada pré-jurídica do poder. O que cria a União Européia não é uma Constituição jurídica. A Constituição – o Tratado de Roma – pode representar seu "texto fundador" e refletir seu "momento fundador", mas isso equivale a concentrar em um documento, ou em momento histórico, todo um processo político que envolve um complexo conjunto de desejos ou intenções ainda por concretizar-se. A verdadeira fundação da União Européia é a "Europa", e a Europa não existe a não ser como um complexo fenômeno de desejos, intenções e projetos.

EMBORA O SOBERANO NÃO SEJA POLITICAMENTE LIMITÁVEL, DEVE RESPONDER POR SEUS ATOS PERANTE A MORAL POSITIVA E CRÍTICA (SOBRETUDO PERANTE O PRINCÍPIO DE UTILIDADE)

O soberano não é juridicamente limitável, mas deve responder aos ditames da moral positiva e das leis de Deus do modo como se dão a conhecer através do princípio de utilidade. A preocupação fundamental de Austin era comum no contexto do que hoje chamamos de pensadores políticos liberais da Inglaterra de primórdios do século XIX, a saber: o medo da dissolução da sociedade e a necessidade de um governo forte. Ainda que tanto para Bentham quanto para Austin um governo reformista não devesse ser visto como um governo fraco, e conquanto Bentham defendesse a existência de limitações constitucionais, para Austin os artifícios para a limitação legal da soberania, como as declarações de direitos e garantias e a separação dos poderes, eram questões problemáticas que às vezes levavam ao próprio fracasso na prática, sendo também indefensáveis em termos lógicos. Não que não houvesse limitações constitucionais efetivas; o fato é que estas eram conjuntos complexos de crenças e práticas que não podiam ser chamadas estritamente de "direito", pois eram antes uma forma de moral crítica. Isso equivale a dizer que, na verdade, a opinião pública esclarecida e os ditames do princípio de utilidade asseguram um governo responsável[37]. Em seus últimos anos, Bentham argumentava que a soberania política devia ser inerente ao povo, uma vez que desse modo o interesse do povo, o interesse geral e o interesse do governo se tornariam uma só coisa. Enquanto o jovem Austin talvez estivesse de acordo, o Austin da maturidade deixou de acreditar na base de tal argumentação; de que modo a mera opinião poderia ser garantia de um governo racional?

> *"Aqui se encontra a diferença entre os governos de direito e os governos de homens"* (1873: 519).

A opinião, porém, é crucial. Sustentando o soberano há um vazio pré-jurídico. O soberano – o Estado – nasce de um conjunto de ajustes sociais que são pré-justiça; não tem nem a posse nem a ausência de direitos.

> Ora, tendo em vista que o direito positivo não o impede de lidar, como melhor lhe parecer, com todas as coisas dentro de seu território, podemos dizer (...) que o Estado tem direito a tudo dentro desse território, ou que dele é, absolutamente ou sem nenhuma restrição, o proprietário (...). Estritamente falando, não tem direito legal a nada, ou não é o proprietário legal de coisa alguma (1873: 871).

O Estado é sujeito a uma indeterminação jurídica radical. Por um lado, o soberano de Austin parece a personificação todo-poderosa dos desejos e esperanças das

37. Os Hamburgers sugerem outra consideração que levou Austin a fazer pouco da idéia das limitações constitucionais. "Uma vez que a ciência podia descobrir como aumentar a felicidade geral (...), a autoridade soberana guiada por tal ciência não devia ver-se limitada por entraves constitucionais. Austin chamava esses entraves de "moral positiva". Originavam-se da opinião, das crenças morais e da tradição; não tinham *status* jurídico, e só eram compulsórios na medida em que a moral e a opinião fossem percebidas como compulsórias. As limitações e normas constitucionais que Austin conhecia tiveram sua origem numa era pré-científica, e ele afirmava que seria indesejável permitir que tais normas obstruíssem as leis criadas à luz da ciência da legislação. Contudo, ele se teria oposto às limitações constitucionais mesmo que sua origem estivesse na moral positiva científica. Se eram justificadas pela mesma ciência da ética que também era a fonte do direito positivo, seria inútil fazer com que servissem de entraves a esse mesmo direito, pois o constitucionalismo só tinha sentido quando invocava critérios independentes das leis que julgava e "superiores" a elas. Portanto, essa falta de solidariedade com a idéia mesma dos limites constitucionais refletia, ao mesmo tempo, um entendimento da soberania e do Estado do modo como existiam e como poderiam existir em termos ideais" (1985: 41).

elites que formam o Estado; por outro lado, o Estado se dilui numa rede de procedimentos e convenções. O direito público – aquilo que, em outro contexto, chamamos de direito constitucional – pode ser definido ou como aspectos do "direito processual geral", ou como formas "diversas e suplementares" do direito das pessoas. A distinção público-privado tampouco configura um absoluto: "qualquer parte do direito é em certo sentido pública, e qualquer parte dele é em certo sentido igualmente privada" (1873: 776). O direito civil exige a criação de uma sanção; o direito em sua totalidade, da criação de contratos à execução dos testamentos, "destina-se, entre outras finalidades, à prevenção do crime" (1873: 774). Em última análise, o direito civil se baseia numa dialética entre o poder do direito criminal e a aceitação das normas dos direitos e deveres estipulados pelo direito civil. Em última análise, o soberano é constituído por conjuntos de ajustes dentro de um nebuloso domínio de "opinião geral" e "máximas éticas observadas pelo soberano" (1873: 771).

> Ainda que, com rigor lógico, boa parte do suposto direito relativo à soberania devesse ser banido do *corpus juris*, é preciso introduzi-lo neste por razões de conveniência que são superiores à simetria lógica. Pois ainda que, estritamente falando, pertença à moralidade positiva ou à ética, o conhecimento de tal direito é absolutamente necessário ao conhecimento do direito positivo ao qual o *corpus juris* diz propriamente respeito (1873: 771-2).

O emprego dos poderes soberanos tem por base a opinião e a aceitação da autoridade. A opinião se baseia no estado de conhecimento do público e na racionalidade do soberano. Muito embora a prisão configure o ápice do direito criminal enquanto sanção externa suprema, a opinião racional é a sanção interna; uma população educada é mais benéfica ao legislador esclarecido do que uma tropa de polícia. Além disso, "a diferença entre o governo pelo direito e o governo dos homens" encontra-se na revogação, por parte das elites, de seu poder de tomar decisões arbitrárias em favor de sua concordância ética em agir nos termos da lei[38]. O governo

38. A argumentação de Austin merece ser citada na íntegra, ainda que apenas para afastar a idéia de que ele não se preocupava com a imagem do "governo do direito, e não dos homens". "Quando falo do poder discricionário do soberano ou do Estado, refiro-me ao poder do soberano ou do Estado exercido nos termos do direito. Assim procedo porque, através de um comando especial e arbitrário, o soberano pode privar o prejudicado do direito que decorre do prejuízo, ou pode isentar o transgressor de sua responsabilidade civil. [Aqui se encontra a diferença entre governos de *direito* e governos de *homens*]. *Em um ou dois dos maus governos ainda existentes na Europa, esse procedimento tolo e nocivo não é incomum. Por exemplo, cartas de proteção são concedidas pelo governo a devedores, e com elas os devedores ficam a salvo da perseguição dos credores. Em casos assim, porém, o soberano revoga em parte sua própria lei, em atendimento a um propósito especial. Isso nunca é posto em prática por governantes sábios, quer monárquicos, quer de outra natureza. A despeito de seu temperamento ditatorial e de seu apego ao poder, Frederico, o Grande, sempre ajustou sua conduta a suas próprias leis.*

As cartas de proteção eram concedidas neste país pelo rei até o reinado de Guilherme III. Tais cartas devem ter sido ilegais. Assim o afirmo porque, embora a Constituição conceda ao rei o poder de perseguir e perdoar criminosos a seu bel-prazer, ele não é soberano. Não lhe compete desconsiderar a lei ao privar a parte prejudicada do direito à ação civil" (1873: 519).

moderno requer uma forma de sabedoria prática no exercício de seu poder discricionário. A teoria jurídica não pode existir fora de uma parceria com os conhecimentos positivos; fazê-lo é o mesmo que abrir mão do significado do direito em favor de sua tênue positividade, ou despojar o entendimento do direito como fenômeno social vivo, remetendo-o a um vazio conceitual.

A QUESTÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

A partir da estrutura lógica da teoria de direito de Austin e de seu entendimento da realidade sociológica, infere-se que a expressão "direito das nações" (ou o que hoje chamamos de "direito internacional"[39]) era uma denominação imprópria, remetendo ao que era na verdade uma forma de "moral internacional positiva". Sem um soberano internacional não poderia haver nenhum corpo determinado para estabelecer o que seria exatamente o direito, ou para garantir que se impusessem sanções quando este fosse infringido. Austin pedia por clareza de linguagem:

> Grócio, Puffendorf e outros que escreveram sobre o chamado direito das nações fizeram uma confusão de idéias: confundiram a moral internacional positiva, ou as regras que efetivamente vigoram nas relações mútuas entre as nações civilizadas, com suas vagas concepções de como deveria ser a moral internacional, com aquele quê de indeterminação que, imaginam, ela deveria ser caso se ajustasse àquele quê de indeterminação que eles chamam de direito da natureza (1873: 222).

Austin seguia uma longa linhagem de céticos que começava com Hobbes e incluía Kant e Rousseau.

Na ausência de um poder supremo que o declarasse e fizesse cumprir, afirmava Hobbes, o direito positivo não poderia ter sua existência asseverada. Sem dúvida, os diferentes soberanos de nações específicas ver-se-iam sujeitos ao direito da natureza – se analisassem racionalmente sua posição e seus objetivos como uma totalidade –, mas, na ausência de um superior comum que interpretasse quais as verdadeiras convenções a propósito das quais os soberanos individuais haviam chegado a um acordo, a confusão e a incerteza reinavam. Na análise de Hobbes, a incerteza epistemológica quanto aos costumes e às convenções andava de mãos dadas com a ausência de um poder que fizesse vigorar as regras. Do mesmo modo, Kant declarara ser inútil pretender que se pudesse discernir um direito das nações nos costumes e convenções internacionais enquanto os Estados "não se submetessem a uma coação externa comum" (Kant, *Political Writings* [Escritos políticos], 1970: 103).

Rousseau deu continuidade ao tema de que as relações internacionais vigentes estavam fragmentadas por contradições e incertezas que tornavam todos os exem-

39. Parece que a expressão "direito internacional" foi criada por Bentham em *The Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.

plos de direito das nações irremediavelmente ineficazes, não configurando, portanto, um direito real. O chamado direito público europeu estava "cheio de regras contraditórias que nada, a não ser o direito dos mais fortes, podia restituir à ordem; de modo que, na ausência de qualquer diretriz segura, em caso de dúvida a razão penderá sempre para o lado do interesse pessoal (...)" (*Complete Works* [Obras completas], 3: 568-9). Com as nações engajadas em relações internacionais e cooperação com base no interesse próprio, não havia condições de que se assemelhassem a uma sociedade civil, e nenhuma possibilidade de discernir uma vontade internacional geral. O que era necessário para se criar um direito das nações? Tanto o desejo ético de uma associação comum quanto um poder superior de coação que pudessem "conferir a seus interesses comuns e suas obrigações mútuas aquela estabilidade que elas jamais poderiam adquirir por si próprias" (*ibid.*: 569).

Os defensores do direito internacional argumentam que se a definição de direito remeter apenas às regras criadas e aplicadas por um poder soberano, então as regras da prática costumeira e aquelas voluntariamente acordadas, sem nenhuma sanção vinculada, não podem ajustar-se a tal esquema; tais defensores também afirmam que daí não se segue que não existam regras a reger a conduta dos Estados. Austin concordaria: para ele, contudo, as regras são simplesmente "moral positiva". Um Estado pode ter de arcar com muitas perdas e críticas ao infringir tais regras, ainda que estas sejam, na prática, vagas e imprevisíveis; na ausência de um poder internacional comum, não faz sentido chamá-las de "direito".

O PAPEL DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Uma vez que Austin descrevia o direito como um instrumento racional de governo, para ele era impossível percebê-lo como um sistema de legalidade fechado. O direito enquanto tal deve lutar pela certeza, e a qualquer momento os analistas jurídicos devem pôr em relevo as inter-relações e os significados dos conceitos jurídicos, mas o direito era um fenômeno[40] ao mesmo tempo "vivo" e dinâmico; o desenvolvimento vinha de fora dele. O poder governamental guiava o direito, e o poder governamental devia ser guiado pela utilidade e pelo conhecimento positivo em desenvolvimento.

Ao mesmo tempo, porém, "quer direta, quer remotamente, o soberano ou legislador supremo é o autor de todo o direito, e todas as leis provêm da mesma fonte; contudo, imediata e diretamente, as leis têm diferentes autores" (1873: 526). A fonte de direito mais imediata era a legislação; o judiciário era outra fonte (operando

40. Para o Austin de viés sociológico, é preciso distinguir entre "direito vivo e direito morto" (1873: 1040, também 1048), e entender o papel das autoridades jurídicas. Afinal, quando Austin tinha em mente o direito romano, enxergava para além dos *Digesta*; seu olhar alcançava "o direito romano vivo, ou o direito romano administrado e aplicado pelos tribunais" (1873: 604).

com poder delegado) quando adotava o costume ou criava o "direito *jurisprudencial*"; Austin reconhece a "legislação *judicial*" como uma "fonte *secundária*" do direito (grifos no original, 1873: 549).

Ainda que Austin não aceite a "aversão radical ao direito criado por juízes" (1873: 549) de Bentham, ele descreve como o judiciário freqüentemente oculta o fato de seu próprio ativismo. A criação judicial de direito ocorre na prática dos tribunais que lidam com litígios. Um caso deve ser decidido e uma questão jurídica decidida mesmo quando não parece possível encontrar nenhuma lei escrita que inclua a situação em litígio. O objetivo do tribunal é fazer justiça e resolver o litígio, mas, ao fazê-lo, cria-se uma nova regra. Os juízes, porém, ocultam sua criatividade por trás de um discurso de interpretação e presunção, de encontrar o direito ou torná-lo manifesto:

> Embora esse caso específico seja decidido por uma nova regra, o objetivo precípuo do juiz não é a introdução dessa regra, mas a decisão do caso específico ao qual a regra se aplica, e portanto, falando em termos gerais, evita-se a evidência de criação do direito. Em geral, a nova regra não é apresentada de modo ostensivo, mas o direito existente é ostensivamente afirmado por meio de interpretação ou presunção (...), sendo em seguida ostensivamente aplicado ao caso que aguarda uma decisão. Se a nova regra vigorar como direito daí em diante, não o faz diretamente, mas porque a decisão converte-se em precedente, ou seja: passa a ser vista como prova do estado anterior da lei; e a nova regra, assim disfarçada sob a roupagem de uma regra antiga, aplica-se como direito aos novos casos (1873: 548).

Austin dedica pouco tempo à separação dos poderes. Isso ocorre devido a sua crença na unidade dos interesses da comunidade, da utilidade e do conhecimento (de economia política etc.). Tal fato se mostra mais evidente em seu pronto repúdio a uma objeção à criação judicial do direito, ao afirmar que "quando juízes subordinados têm o poder de criar direitos, a comunidade exerce pouco ou nenhum controle sobre aqueles que criam o direito através dos quais sua conduta será regida". Austin interpreta isso como uma questão de responsabilidade; os juízes devem ser responsáveis "perante a massa ou o conjunto da comunidade". Uma maneira de fazê-lo consiste em aplicar o "direito positivo" quando este for claro; outra em assegurar que sua nomeação se dê de modo que evite que fiquem exclusivamente à mercê do rei, podendo servir ao soberano ou ao Estado propriamente dito: "que sua nomeação os invista de autoridade em uma ou outra facção cujos interesses não entrem em conflito com aqueles do conjunto da comunidade" (1873: 665).

Austin passa a combater a idéia de que "os juízes criam o direito arbitrariamente". Isso teria como resultado um direito variável, incerto e incoerente. A tomada de decisões arbitrária deve ser controlada (i) pela natureza hierárquica de um sistema jurídico em que os tribunais de apelação racionalizem as decisões tomadas pelos tribunais inferiores; (ii) por juízes que se deixam levar por sua concepção daquilo que o legislador soberano faria diretamente "caso se preocupasse o suficiente com os interesses gerais", e (iii) pela censura dos organismos profissionais (isto é, pela Ordem

dos Advogados) e pelas opiniões de outros advogados que preservam "os interesses do ofício". A "relutância dos juízes em inovar" e não a criação do direito pelos juízes, tem sido o grande mal; "demasiado respeito por regras estabelecidas, e demasiada atenção às deduções e analogias, é o que em geral têm demonstrado os criadores do direito judicial" (1873: 668); a *equity** foi criada apesar da resistência dos juízes.

Os juízes não devem ter livre poder discricionário; é preciso impor vários passos ao caminho da tomada de decisões. Primeiro passo: o juiz deve empenhar-se por identificar qual é a natureza do direito. Se esta for certa, deve aplicá-la. Contudo, no caso de uma lei em que os termos podem ser claros mas pareçam em desacordo com o claro objetivo da lei, o juiz "pode distanciar-se do sentido claro da lei a fim de buscar atingir as finalidades da lei, a "Ratio Legis". Nesses casos, porém, ele não é um juiz interpretando devidamente o direito, mas sim um legislador subordinado corrigindo seus erros e defeitos". Esse é um processo perigoso em que o tribunal corre o risco de se transformar em um tribunal arbitrário. Acima de tudo, o que impregna as lições de Austin é um apelo ao profissionalismo; a tarefa judicial é importante e difícil. O progresso será assegurado pelo compromisso de se proceder a uma análise reflexiva e científica da natureza do empreendimento. Isso ajudará o juiz a conduzir cientificamente seu ofício. Observe-se a atmosfera das afirmações de Austin:

> Os termos ou expressões empregados pelo juiz ao criar o direito são mais vagos indícios, dos quais se pode inferir o princípio, do que um guia a ser inflexivelmente seguido caso seu significado evidente seja perfeitamente claro (1873: 651).

O sistema jurídico tampouco é um universo coerente quando boa parte dele é necessariamente criada por juízes:

> Todo o sistema jurídico, ou todo o *corpus juris*, é necessariamente um caos monstruoso: formado em parte pela jurisprudência, introduzido aos poucos e impregnado de um número incomensurável de decisões judiciais específicas, e em parte pelo direito legislado, repleto de fragmentos de "direito judiciário" e imerso em um número incomensurável de leis esparsas (1873: 682).

Austin então conclui suas lições sobre as fontes do direito com uma defesa da codificação. Ele tinha consciência da fragilidade de um direito mal elaborado, e afirmava que uma lei estabelecida por precedente judicial podia ser mais rica em detalhes e mais flexível do que uma lei escrita inadequadamente expressa; achava, porém, que a codificação, apesar de tarefa difícil e delicada, oferecia a possibilidade de se criar uma afirmação de direito científica e baseada em princípios. Os códigos devem ser redigidos criteriosamente, tanto com conhecimento histórico do direito quanto com uma clara idéia dos objetivos a ser alcançados. Seu argumento final é um floreio retórico que critica a advocacia, mas exprime a esperança em um avanço qualitativo da profissão desde que se consiga chegar a uma abordagem mais científica do direito:

> Se o direito fosse mais simples e científico, atrairia as mentes mais qualificadas para o exercício da profissão, e sua causa seria adotada por homens independentes que hoje se vêem impedidos de fazê-lo devido à repulsa que o direito lhes causa, uma vez que este é, de fato, repulsivo. Que pessoa com formação literária e intelecto superior é capaz de tolerar os absurdos contidos nos livros didáticos, por exemplo, além de muitas outras partes do direito? Nada, a não ser uma forte necessidade ou a sólida determinação de conhecer os fundamentos lógicos do direito para além da crosta que o reveste, poderia levar tal pessoa a demonstrar semelhante empenho. Contudo, se o direito fosse devidamente codificado, tais mentes se dedicariam ao seu estudo; e poderíamos então esperar por uma legislação incomparavelmente melhor, e por uma melhor aplicação da justiça do que a que hoje conhecemos. A profissão não seria meramente venal ou mercantilista como é em nossos dias, mas, como na Roma antiga, tornar-se-ia um caminho para a honra e a importância política. Sem dúvida, boa parte do trabalho baixo e servil da profissão continuaria a ser praticada pelos que só pensam nas recompensas financeiras, mas a moralidade predominante na profissão como um todo seria instituída, em grande parte, por esse seu segmento superior, que também abrangeria os legisladores práticos da comunidade (1873: 703-4).

III. CONCLUSÃO

A NATUREZA SUFOCANTE DA INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL DA FILOSOFIA DO DIREITO POSITIVA DE AUSTIN

Em certo sentido, é fácil esquecer a síntese e só extrair, de Austin, a análise fria e enfadonha; o resultado é a criação de uma prisão para a inteligência. No vasto *corpus* de suas lições, Austin codifica interesses e psicologia em um todo auto-suficiente. Em linguagem detalhada que percorre as esferas do direito civil e criminal, ele combina psicologia e terminologia jurídica de forma unificada e supostamente coerente. O direito pode controlar e dirigir nossos caóticos desejos subjetivos. O direito estabelece as condições nas quais uma pessoa pode usar sua vontade para controlar seus desejos. Enquanto o homem "não pode ser forçado a não desejar (...), o desejo de evitar a sanção pode dominar ou prevalecer, mas não pode eliminar um desejo que insiste em infringir um dever" (1873: 462). Do mesmo modo, "uma mudança na mente pode ser operada ou impedida, dependendo de desejarmos ou não tal mudança" (1873: 469). O governo pela utilidade não tolera hesitações; governa por necessidade. O poder político e as paredes das prisões, escreve Austin, são am-

* A *equity*, literalmente "eqüidade", é uma espécie de direito anteriormente administrada por tribunais especiais para fazer face ao caráter injusto de algumas normas da "common law". (N. do T.)

bos contextos gerais de sofrimento dentro dos quais nos encontramos involuntariamente. A utilidade é "um critério absoluto do que é bom e verdadeiro" (comentário de Campbell em 1873: 466); não é mais fácil evitar suas injunções do que uma ordem de prisão. Contudo, essa própria convicção nos alerta para uma *falha da proposição de Austin*. O pensamento de Bentham parecia lidar com a tensão entre democracia política, com sua confiança na opinião popular, e a idéia de um governo baseado no conhecimento racional, através de uma teoria da utilidade que apresentava o bem comum como a soma total dos desejos. A utilidade de Austin era de um tipo mais qualitativo; com o tempo, deixou-se tomar por um crescente conservadorismo. Depois de 1848, sua política – apesar de dominada pela preocupação com a segurança, extraída de Hobbes, e pela importância fundamental da propriedade, extraída de Locke – passou a defender elos invisíveis de tradição, de costume e de "sentimentos irracionais" – Hume e Burke se tornaram seus precursores intelectuais, em detrimento da racionalidade de Hobbes e Locke. Quando instado a republicar seu livro *Province of Jurisprudence Determined*, que estava fora de catálogo e vinha alcançando bons preços no mercado de segunda mão, Austin recusou-se a fazê-lo. Declarou então que pretendia reescrever radicalmente e ampliar suas lições de modo que produzisse um livro que teria por título *The Principles and Relations of Jurisprudence and Ethics* [Princípios e relações de filosofia do direito e ética], uma obra que nunca foi além do estágio de vagas reflexões.

O PROBLEMA DA INCAPACIDADE DE AUSTIN PARA REESCREVER SUAS AULAS

Por que Austin não revisou e ampliou suas lições como tantas vezes prometera fazer? Há duas respostas possíveis: (i) que se tratou de uma falha pessoal de caráter; (ii) que ele havia mudado muitas de suas concepções originais, ou que perdera a confiança na ligação entre os diferentes tipos de conhecimento. Esta segunda possibilidade lança dúvidas sobre todo o empreendimento de unir o direito e a ética positivos.

Sem dúvida, a primeira resposta tem defensores, e a combinação de uma personalidade depressiva com a falta de estímulo para escrever explica, até certo ponto, a incapacidade de reescrever[41]. Contudo, há também a possibilidade de que a resposta possa estar na crescente dúvida intelectual quanto a todo o edifício do utilitarismo. A norma austiniana de uma elite ilustrada e adepta do conhecimento de base científica exigia uma confiança na conquista de clareza ética e coerência, mas é exatamente esse o objetivo que se tem mostrado ilusório, para não dizer inatingível pela modernidade. E se o aprofundamento da análise das bases do direito só levasse a um projeto destrutivo, e não se mostrasse capaz de oferecer uma alternativa cientificamente defensável?[42] O conhecimento positivo pode demonstrar nossa necessidade social do sentimento de unidade e de imagens que estimulem a atividade coletiva – e pode indicar que tais sentimentos têm uma história real tanto quanto uma história hipotética – mas não pode criar, racionalmente, um verdadeiro conceito de unidade que fuja a qualquer crítica de sua natureza mitológica.

Se a reescrita de Austin não foi além de alguns pensamentos embrionários e de um desejo, aqueles que aceitaram o desafio com fervor não chegaram a nenhuma resposta segura. A síntese austiniana de suas lições dependia de uma combinação específica: aceitar os princípios da ciência como se fossem capazes de refletir as inquestionáveis verdades da condição social, e aceitar que as divergências sobre valor e política podem ser resolvidas segundo critérios (observados) de verdade racional; porém, essas dúvidas subseqüentes podem ter antecipado o caminho que a modernidade viria a seguir. Em outras palavras, conquanto muitos sustentem que a adesão ao empreendimento científico é o único caminho para a busca do conhecimento, não podemos aceitar que controvérsias sobre valor e desejos possam ser resolvidas segundo critérios de verdade racional. O meio-termo liberal tem consistido em deixar a questão em aberto – tem favorecido a conclusão que seria dada por Stuart Mill; em especial, em deixar em aberto a questão do bem viver no contexto da tolerância e da experimentação. Isso não satisfez a todos; na verdade, não precisamos nem mesmo usar a experiência marxista como exemplo, pois estamos cercados por lembranças vivas de que milhões de pessoas encontram um vazio ético que subjaz à estrutura do liberalismo. Reformulando a questão em termos ligeiramente diversos, ao separar direito e moralidade Austin também separou "consciência de liberdade" de direito positivo; para o direito, ficou demasiado fácil fundamentar-se exclusivamente na imagem de sua própria (e mera) positividade. Com que ficamos, então? O direito pode muito bem definir os contornos de um jogo acentuadamente tardio de nossa modernidade: em nossa falta de compromisso com os objetivos da vida, estamos inconscientemente expressando aquele motivo sobre o qual Hobbes falava no Leviatã: o "desejo de poder e mais poder, até à morte". A diferença é que hoje podemos expressá-lo sem nenhuma crença em que haja alguma coisa além desse jogo, e de nós, para colocar em cena.

41. Para Rumble, "Austin era o exemplo *par excellence* de pessoa a quem faltava força de vontade... Se Austin tivesse sido mais enérgico, firme e persistente na busca de seus grandiosos objetivos, poderia ter conseguido mais do que, na verdade, conseguiu.

42. Um paralelo com John Stuart Mill que, na *Lógica*, afirmou que uma sociedade política permanente só funcionaria se nela houvesse um sentimento "de que existe, na constituição do Estado, *alguma coisa* que é estabelecida e permanente, e que não venha a ser questionada (...); algum ponto fixo; algo que, por consenso, todas as pessoas considerem sagrado" (citado em Lotte e Joseph Hamburguer, 1985: 181).

Capítulo 10

Karl Marx[1] *e a herança marxista para o entendimento do direito e da sociedade*

> A Constituição política como tal só surgiu quando as esferas privadas adquiriram existência independente. Nos lugares em que o comércio e os bens de raiz não são livres e ainda não se tornaram independentes, a Constituição política ainda não existe (...). A abstração do Estado como tal só é própria dos tempos modernos, pois só a estes diz respeito a abstração da vida privada. A abstração do Estado político é um produto moderno (Marx, *Contribution to a Critique of Hegel's Philosophy of Right*, 1843: 31-2 [Contribuição à crítica da filosofia do direito de Hegel]).
>
> Eliminam-se todas as relações antigas e cristalizadas, com seu cortejo de preconceitos e concepções antigos e veneráveis, as relações recém-formadas tornam-se antiquadas antes mesmo de arraigar-se em costume ou prática. Tudo que é sólido se desmancha no ar, tudo que é sagrado é profanado, e os homens são finalmente forçados a encarar (...) as verdadeiras condições de sua existência e suas relações recíprocas (Marx e Engels, *The Communist Manifesto* [O manifesto Comunista], 1848, em Marx-Engels Reader, 1978: 476).

O MARXISMO COMO ESPERANÇA E TRANSCENDÊNCIA

Escrever um capítulo isolado sobre as abordagens marxistas do direito é uma tarefa intimidadora. A primeira questão parece simples, mas é enganosa: o que é o marxismo? É uma filosofia, uma sociologia, uma religião... ou uma mistificação? Abrange as perigosas divagações de um grupo enlouquecido de *outsiders* ou um conjunto de textos baseados na reflexões profundamente humanistas de um dos maiores eruditos de todos os tempos? De tudo isso tem sido chamado. O marxismo representa, talvez, a maior tentativa de análise da contingência espaciotemporal do mundo empírico, ao mesmo tempo que ainda mantém vivo o desejo de uma consumada transcendência. O reconhecimento e a elucidação das oposições – a dialética – é fundamental para sua metodologia, e o sonho da reconciliação acha-se pro-

1. Marx (1818-1883) nasceu em Trier, no que é atualmente a Alemanha. Era o filho mais velho de um advogado judeu e descendia de uma longa linhagem de rabinos. Seu pai converteu-se ao protestantismo a fim de não prejudicar seus negócios jurídicos, e Marx recebeu uma educação protestante. O racionalismo, o humanitarismo e a visão pragmática do mundo (e não o fundamentalismo religioso) foram as linhas mestras de sua formação.

fundamente incrustado em seu cerne[2]. Seja o que mais for, o marxismo é um produto radical da busca iluminista de resposta a problemas da condição humana por meio de uma análise cabal da sociedade humana, da história, dos fracassos e do poder humanos nos limites deste mundo. *Para o marxismo, nós somos deste mundo, e o mundo é uma unidade*. Conseqüentemente, quaisquer divisões, quaisquer conflitos que testemunhemos podem ser sanados, uma vez que, em última instância, nós e o mundo somos da mesma espécie. O segredo da religião é a humanidade, e não um Deus transcendente; por esse motivo, devemos transformar as narrativas religiosas em mensagens seculares. O ajuste marxista aproxima-se do desejo escatológico referido na Bíblia: o Velho Testamento aludira a um tempo futuro em que Deus estabeleceria para sempre seu reino de justiça e paz (ver, por exemplo, Isaías 11, 1-9); o Novo Testamento afirma que Cristo representa a superação da morte e que os fiéis participam da promessa de vida eterna. Enquanto passam pelos sofrimentos desta vida, eles têm uma antevisão do tempo por vir (João 3, 36; 5, 24). Enquanto a filosofia marxista da história deve sua forma à dialética de Hegel, seu conteúdo deve muito a uma secularização da escatologia cristã[3]. A filosofia marxista da história plenamente desenvolvida, chamada em termos técnicos de "determinismo materialista", oferece uma forma de providência pessoal; o povo escolhido é substituído pelo proletariado, e a justiça do reino de Deus pela sociedade sem classes do comunismo[4].

INTRODUÇÃO À TEORIA MARXISTA: A DIALÉTICA DO UNIVERSAL E DO PARTICULAR

O marxismo é um vasto *corpus* de textos e doutrinas[5]: não existe uma interpretação marxista do papel de fenômenos sociais específicos como o(s) direito(s) ou o

2. "O comunismo, enquanto naturalismo plenamente desenvolvido, é humanismo, e, enquanto humanismo plenamente desenvolvido, é naturalismo. É a solução definitiva do antagonismo entre o homem e a natureza e entre o homem e o homem. É a verdadeira solução do conflito entre existência e essência, entre liberdade e necessidade, entre indivíduo e espécie. É a solução do enigma da história, e sabe que traz em si essa solução" (Marx, *Early Writings* [Primeiros escritos], 1964: 155).

3. O marxismo afirmava ser o ponto alto da ciência empírica, ao mesmo tempo que criticava severamente o atraso moral da sociedade capitalista. Prometia o advento de uma nova ordem mundial que seria totalmente livre, porém geradora de uma sociedade harmoniosa, incorrupta e incorruptível, na qual o homem cumpriria seu destino enquanto espécie na medida em que viesse a consumar sua liberdade absoluta, porém concreta.

4. Marx toma o lugar dos profetas e afirma que o fim da história é, concretamente, um estado de coisas humano. Enquanto os agentes e a burguesia anteriores não compreendem a importância de seus atos, o proletariado foi equipado, pelo marxismo, com uma visão científica das coisas que deixa clara a importância de seus atos inovadores.

5. Para não mencionar a eficácia do marxismo em oferecer um estimulante político. Em certo período histórico – até bem pouco tempo –, cerca de metade da população mundial vivia em sociedades cuja crença política oficial era marxista. O marxismo também ofereceu um *corpus* substancial de escritos e conceitos que atuaram como principal oposição intelectual ao eixo liberal-capitalista que constituía a base do pensamento ocidental.

papel das organizações do Estado e supra-estatais nas diversas sociedades do universo político. O marxismo se baseia nos escritos de Karl Marx (1818-83) em cooperação com Friedrich Engels (1820-95); a maior contribuição posterior talvez tenha sido dada por V. I. Lenin, líder da revolução bolchevique de 1917 na Rússia[6]. No século XX, porém, o marxismo foi uma doutrina política em que a interpretação do significado da obra de Marx ficou freqüentemente subordinada às necessidades políticas em vez de indicar o caminho para uma compreensão mais profunda da modernidade.

A injunção metodológica de prestar atenção aos dados empíricos é crucial para o marxismo; porém os dados são vistos como reflexos, ou exemplos, de estruturas e processos sociais universais. O enfoque central é o da totalidade da existência humana, e não das instituições sociais particulares. Por exemplo, nem Marx nem os teóricos marxistas subseqüentes tomaram o Estado como uma unidade auto-suficiente de análise[7]. Em resultado, não só o nacionalismo foi um dos pontos fracos da análise marxista e um dos motivos do fracasso de sua capacidade preditiva, como também as forças de configuração do direito não foram vistas através das lentes da nação-Estado; em vez disso, o Estado recebeu pouca autonomia enquanto *locus* de atividade. Além disso, ao contrário das análises funcionalistas da ordem social, que enfatizaram a crescente multiplicidade das operações e da divisão do trabalho na modernidade, os marxistas enfatizaram as relações de classe, tanto no interior das sociedades quanto internacionalmente. A classe, porém, não é um instrumento de análise que se explica por si mesmo, mas sim um conceito que só faz sentido dentro de uma estrutura mais ampla de análise teórica[8]. O marxismo não parte do conceito do

6. Lênin foi líder político russo, teórico marxista e o mais explícito filósofo marxista depois de Marx. Expulso da Universidade de Kazan devido a conflitos estudantis (1887), formou-se em direito (por correspondência) na Universidade de São Petersburgo (1891). Foi preso em 1895 e condenado ao exílio na Sibéria em 1897; a não ser por um breve período, viveu no exterior de 1900 até a revolução, em 1917, quando voltou para liderar o partido comunista e chefiar a União Soviética até sua morte. Foi sucedido por Joseph Stalin.

7. "O capital vai além das fronteiras e dos preconceitos nacionais tanto quanto da adoração da natureza, das satisfações tradicionais, restritas, complacentes e arraigadas, das necessidades atuais e das reproduções de antigos estilos de vida. É destrutivo em relação a todas essas coisas e está sempre modificando-as radicalmente, rompendo todas as barreiras que constrangem o avanço das forças de produção, a expansão das necessidades, o desenvolvimento multilateral da produção e a exploração e a troca das forças naturais e mentais" (Marx, *Grundrisse*: 410; citado em Seidman, 1983: 98).

8. O conceito de classe é central aos escritos da maturidade de Marx, ainda que ele não tenha formulado uma clara definição deste. Todas as sociedades, com exceção da sociedade comunista (que nunca existiu do modo como Marx a concebeu, e não deve ser confundida com os regimes praticados pela ex-URSS, pela China, pelo Leste europeu etc.), são sociedades de classes. Quando os homens lutam contra as contradições da estrutura econômica – às quais Marx se refere no *Prefácio* de 1859 –, eles o fazem dentro de classes e em termos de interesses de classe.

Marx parece ter pensado que, de tão óbvio, o conflito de classes não precisava de uma plena justificação teórica. Somente quando ele se concentra nas classes da sociedade capitalista – onde duas delas, a burguesia (classe média) e o proletariado (classe trabalhadora), se acham em conflito direto, é que tal questão recebe um tratamento adequado. Ele as definiu em termos de sua situação nas relações de produção características do capitalismo. A burguesia é a classe capitalista que detém a posse dos meios de produção. O proletariado é

indivíduo como sua unidade básica – ao contrário do liberalismo filosófico –, mas adota uma idéia vagamente expressa de totalidade social com o seu ponto de partida. O marxismo é freqüentemente visto como uma forma de análise social oposta ao individualismo metodológico que Hobbes nos legou e é comumente chamado de holístico[9]. A importância de qualquer entidade de estudo particular está no modo como ela se ajusta ao desenvolvimento do todo e o influencia. No caso do direito, assim como no de outros fenômenos sociais, é difícil isolar uma concepção marxista da entidade particular e criar um modelo teórico independente, uma vez que isso isola um aspecto particular do comportamento humano, apartando-o dos dogmas subjacentes da análise social marxista. O marxismo fornece uma estrutura de entendimento por meio da qual, afirma-se, pode-se explicar a sociedade do passado e a do presente e prever o desenvolvimento futuro da humanidade. O marxismo afirmou ser a "superação" final ou a "extrapolação" da filosofia. Para Marx, a filosofia, em particular a filosofia crítica, era essencial, mas sua crítica da filosofia, parte de uma crítica geral da ideologia, demonstrava a apreensão incompleta, pela filosofia, da condição humana. A realidade só se pode tornar visível por meio de uma análise social plenamente desenvolvida, e a ação concreta só pode ser bem-sucedida se tomar essa análise por base.

UM DOS ATRATIVOS DA TEORIA MARXISTA ERA SUA NARRATIVA DA HISTÓRIA

A criação de uma história ou narrativa adequada do passado, do presente e do futuro, é crucial para o auto-entendimento e a confiança das sociedades ocidentais modernas, e boa parte do enfoque marxista está na criação de uma filosofia da história. Esta é uma tarefa necessária para Marx, uma vez que, sem um conhecimento dos modos primitivos de atividade produtiva, o capitalismo e a estrutura burguesa da vida, suas formas de liberdade individual e de interação social, pareceriam ser nosso modo de vida natural, e sua realidade desumana permaneceria sendo um mistério. Precisamos usar a razão crítica para destruir a capacidade da economia política

definido por sua falta de tal posse e pelo fato de vender sua força de trabalho ao capitalista em troca de salários, trabalhando com meios de produção que não lhe pertencem e gerando lucros (valor excedente) aos quais o capitalista está legalmente habilitado em virtude de possuir os materiais e as ferramentas que possibilitam tal produção. Outras classes – o campesinato, por exemplo – foram discutidas como categorias periféricas em relação à divisão básica de classes entre capitalistas e proletários, que ocupam as extremidades opostas das relações básicas de produção do capitalismo.

9. Como Seidman (1983: 94-100) deixa claro, contudo, enquanto Marx repudiou o individualismo metodológico ele não se tornou um holista no sentido pleno do termo. A sociedade não devia ser pensada como uma "personalidade" coletiva independente. Contudo, enquanto "os homens são os agentes e autores de sua própria história", eles estão à mercê das forças e dos recursos que lhes são providos pela estrutura social e pelos processos sociais.

capitalista de representar a si própria como forma natural das verdades imutáveis e eternas; se pudermos mostrar que o obstáculo à satisfação existencial é uma forma histórica específica de interação social, então nossas limitações não serão inevitáveis. Além do mais, se esses conhecimentos estiverem inseridos numa narrativa progressiva, isto é, numa filosofia da história, então nós próprios teremos a capacidade de agir com confiança. Marx dedica quantidades imensas de energia intelectual à tarefa de descobrir a natureza e as causas das limitações específicas do homem e da sociedade modernos. Esses estudos enfatizam a historicidade de nossas limitações e trazem consigo a esperança de que seja possível superá-las; a esperança futura é, portanto, definida pela negação das limitações do presente, e não por programas de ação utópicos específicos. Marx nunca criou um programa de ação para a organização da sociedade comunista "pura".

O MARXISMO COMO PRÁXIS

Os escritos de Marx não pretendiam ser uma forma de teorização especulativa; seu objetivo era levar a transformações práticas – procuravam oferecer uma combinação de "teoria e prática", ou *práxis*. A "sociologia" radical do Marx tardio, por exemplo, afirma epistemologicamente ser ciência plena ao mesmo tempo que oferece predições de desenvolvimento social; expressa um desejo de proceder tanto a uma análise intelectual de nossa separação do verdadeiro destino da raça humana quanto uma imagem da unificação de nossa posição na natureza e o significado de nossas lutas. O Marx da maturidade combina a análise com uma exortação à ação radical, especificamente um anseio pela revolução total; somos instados a completar a modernidade. Marx acredita que o obstáculo à satisfação e à felicidade humanas é o espírito "desumanizador" da sociedade moderna. Isso se expressa particularmente, mas não inteiramente, nas relações (não-)sociais do capitalismo.

RESSALVAS PARA O ENTENDIMENTO DO PAPEL DE UMA FILOSOFIA DO DIREITO MARXISTA

Antes de examinar os temas marxistas sobre direito e sociedade, é necessário expor certas advertências, ou ressalvas, a qualquer análise.

Marx não construiu um *corpus* teórico específico sobre o direito

A compreensão que Marx tem do direito é um subconjunto das abordagens intelectuais gerais da sociedade que ele adotou em diferentes momentos de sua vida. Muitos escritores são responsáveis pela criação de análises marxistas; se correspondem ou não à complexidade e sutileza das análises originais de Marx já é uma outra questão.

Os escritos e as preocupações de Marx abarcam muitos anos de estudos intensos e produção intelectual

A íntegra de seus primeiros escritos só se tornou disponível há relativamente pouco tempo; em decorrência disso, a interpretação predominante de Marx fundamentou-se em seus escritos posteriores, friamente científicos – dentre os quais o mais conhecido é o *Capital*. Com a íntegra de sua obra disponível, temos uma imagem mais evolutiva de Marx, e diferentes estágios de suas preocupações intelectuais tornam-se evidentes. Alguns autores falam de uma ruptura epistemológica entre o primeiro e o segundo Marx, outros falam de uma distinção entre o humanista e o cientista (ou entre o expressivo e o analista). Podemos distinguir vários temas ou "tipos de Marx"[10] em sua obra, a saber:

(i) o *humanista* que escreve contra a exploração, que afirma que as condições da sociedade moderna não avançam a ponto de libertar o homem, de servir aos "verdadeiros" interesses humanos[11];

(ii) o *cientista social*, que proclama que suas teorias conclusivas incorporam "leis de mudança social" e um "verdadeiro" retrato da condição humana, e que mais tarde afirma ter descoberto a "essência" do capitalismo e da história social;

(iii) o *retórico*, que às vezes escreve rápida e livremente, empenhando-se em instigar o leitor à ação e à revolução – "Trabalhadores do mundo, uni-vos!". Podemos observar a rapidez com que certos textos-chave foram criados; *O Manifesto Comunista* (Marx e Engels, 1848), por exemplo, foi escrito em poucos dias.

10. Isso não quer dizer que sejam separados e distintos. Marx freqüentemente escreve de modo intensamente retórico ao condenar as condições desumanizadoras, ao mesmo tempo que nos permite ver o problema sob um novo prisma. Temos disso um exemplo na seguinte citação sobre o fetichismo da mercadoria: "A propriedade privada nos tornou tão estúpidos e parciais que um objeto só é nosso quando o temos, quando existe para nós como capital, ou quando é (...) utilizado de alguma maneira" (Marx, *Early Writings*, 1964: 159).

11. "O jovem Marx é herdeiro do Iluminismo radical, primeiro, em sua idéia de que o homem configura a natureza e, por fim, a sociedade, de modo que sirvam a seus objetivos. É seu herdeiro, em segundo lugar, em sua crítica da desumanidade da presente ordem. O Iluminismo fez surgir um novo tipo de protesto indignado contra as injustiças do mundo. Tendo demolido as concepções mais antigas de ordem cósmica e apresentado-as, na melhor das hipóteses, como ilusões – e, talvez, até mesmo como imposturas –, deixava todas as diferenciações da velha sociedade, todos os seus fardos e disciplinas, sem justificação possível. Uma coisa é suportar o próprio destino enquanto camponês se for este o espaço indicado na hierarquia das coisas ordenadas por Deus e pela natureza. Porém, se a própria idéia de sociedade enquanto incorporação de tal ordem cósmica for abolida, se a sociedade for, antes, o instrumento comum de homens que devem viver sob o mesmo teto político para buscar a felicidade, então os fardos e privações dessa posição não passam de uma selvagem imposição, contra a razão e a justiça, mantida apenas à custa de escravidão e mentiras. Eles clamariam aos céus – se tal coisa existisse – por compensação, quando não por vingança. O Iluminismo gerou, assim, uma nova consciência da desumanidade, do sofrimento gratuito e desnecessário, bem como uma urgente determinação de combatê-los. Porque, se o homem é então apenas um sujeito de desejos que visam a sua concretização (isto é, a felicidade), nada que exista no céu e na terra pode compensar a perda dessa felicidade. A privação impune é uma perda inconsolável, absoluta" (Charles Taylor, 1979: 141-2).

Duas questões preliminares: o direito deve ser visto em relação às forças que constroem a modernidade (isto é, as formas e os esteios culturais das sociedades ocidentais modernas). Os procedimentos permitidos nessa busca das forças reais e concretas e das estruturas da modernidade são aquelas que são específicas da modernidade. Uma importante questão a se interpretar consiste em saber até que ponto, na opinião de Marx, o direito era ativo ou constitutivo, e não meramente passivo ou reflexivo, em face das relações sociais. Para responder a tal pergunta, a narrativa deste capítulo será a seguinte: (i) o jovem Marx acreditava no direito como um veículo progressivo de mudança; porém, (ii) os escritos do Marx tardio são muito mais complexos e abertos a várias leituras. Talvez a leitura dominante tenha tendido a concentrar-se na estrutura determinista, materialista e teórica que tem a conseqüência de relegar o direito a um papel menos importante, como parte de uma superestrutura ideológica na qual tem por tarefa ajudar a manter as relações sociais que foram determinadas pelos fundamentos econômicos da sociedade (chamadas de "a base" em muitas análises). Será correta tal leitura? Ou será uma interpretação parcialmente correta, porém incompleta, do esquema de Marx? Sem dúvida, Marx passou a acreditar que o direito e a jurisprudência eram parte central da estrutura ideológica de qualquer sociedade; não apenas sustentavam, em parte, aspectos do corpo social vivo, como também ajudavam a apresentar uma ordem social não natural (no sentido de contrapor-se à "verdadeira natureza" do homem) como natural ou necessária[12].

12. O filósofo francês [Antoine] Destutt de Tracy empregou pela primeira vez o conceito de ideologia em seu livro *Éléments d'idéologie* [Elementos de ideologia], publicado no início do século XIX, no qual o termo remetia a uma ciência das idéias. O termo passou a significar um sistema total de idéias, atitudes e emoções – uma perspectiva ou orientação abrangente do mundo –, mas desenvolveu um uso político específico que combinava suas aptidões descritivas com um aspecto emocional capaz de estimular a ação social. Os marxistas em geral afirmam que a ideologia exprime idéias e crenças que representam ou ocultam interesses materiais, sobretudo interesses de classe. Conseqüentemente, o conceito incorpora a afirmação de que os sistemas de idéias e crenças são formados pela pressão dos interesses materiais (i.e., econômicos).

Em termos gerais, dois tipos de análise estão representados na obra de Marx e Engels:

(a) Em um dos tipos de análise, a ideologia é vista como algo estruturalmente determinado, isto é, como resultado do sistema socioeconômico que, ao mesmo tempo, oculta essa lógica da maior parte daqueles que vivem sob tal sistema. Assim, em sua obra mais importante, *O capital* (1867, mais dois volumes póstumos), Marx descreve o modo como as relações sociais sob o capitalismo se tornam relações entre coisas. Os indivíduos se relacionam basicamente como proprietários que vendem suas mercadorias no mercado. Até mesmo os destituídos de propriedades vendem mercadorias! Os trabalhadores sem capital têm de vender sua própria força de trabalho aos empregadores, em troca de salários. A maioria das relações fora da esfera familiar se transforma em relações "comerciais" instrumentais de uma ou de outra forma. "Mercadorias" e "capital" assumem existência própria, determinando as relações entre os seres humanos. Na verdade, porém, essas "coisas" são apenas produto do trabalho humano. Estranhamente, tudo foi virado ao contrário. O produto passou a dominar o produtor. Estritamente falando, essa concepção ideológica da realidade que as pessoas adotam sob o regime capitalista não é falsa. É o modo como as coisas realmente são; o modo como são, de fato, vivenciadas. Ao mesmo tempo, tanto para o capitalista quanto para o trabalhador, a realidade se apresenta de uma maneira que obscurece a verdadeira natureza do sistema socioeconômico.

Além disso, porém, (iii) ao avançarmos para além das análises reducionistas de Marx podemos desenvolver idéias para uma *teoria marxista constitutiva do direito* ou, dito de outra forma, uma teoria marxista do direito como uma das técnicas sociais cruciais para a constituição das relações sociais modernas e das identidades sociais. Ao desenvolver essa narrativa, devemos levar em consideração algumas questões adicionais:

Marx sempre vê o direito como um fenômeno expressivo

O primeiro Marx acredita que o direito é uma grande força progressiva. Sob influência de Hegel, os primeiros textos de Marx identificam o direito como símbolo do pensamento de uma sociedade e implicam que o direito pode ser um instrumento expressivo, permitindo que uma sociedade estabeleça valores centrais. Nesse período, Marx adota uma abordagem próxima do direito natural; o critério do verdadeiro direito está em permitir que a liberdade adentre a existência social do homem. Por contraste:

Enquanto o Marx da maturidade parece rebaixar o papel do direito, este continua a ser apresentado em termos expressivos

Ao longo de sua obra Marx insinua que, ao interpretarmos a realidade social do direito, podemos desvendar o jogo oculto das verdadeiras forças sociais. A "verdadeira" operação do direito torna-se um espaço crucial em que as contradições, que são parte fundamental da vida social capitalista, podem ser expostas.

(b) O outro tipo de análise é o que vê a ideologia como expressão direta dos interesses de classe. Desse modo, as idéias que predominam numa sociedade tendem a ser as idéias das classes dominantes: idéias que justificam e apresentam como natural a ordem social sob a qual os dirigentes dominam. A ideologia, portanto, serve aos interesses de classe. Esse tipo de abordagem da análise ideológica naturalmente vê o conflito de ideologias como parte da luta de classes. Os marxistas modernos têm dado considerável atenção à luta ideológica. O pensador italiano Antonio Gramsci (escrevendo na prisão entre 1929 e 1935) desenvolveu o conceito de "hegemonia" que se refere à dominação do pensamento e da prática política numa sociedade através de um sistema de crenças e atitudes que mantêm um consenso geral em defesa da ordem estabelecida. O marxismo, portanto, não nega necessariamente a existência de um consenso efetivo de crenças entre os membros de uma sociedade dividida por classes. Todavia, as origens e a natureza de tal consenso têm de ser exploradas. A luta ideológica é vista como parte dos meios pelos quais a classe dominante procura garantir seu poder e sua posição. O que o marxismo considera mais difícil é concordar com a natureza das crenças e a perspectiva de uma classe trabalhadora revolucionária, ou um partido revolucionário. Serão estes igualmente ideológicos – e, portanto, justificáveis apenas em termos de interesses de classe –, ou transcendem a ideologia de alguma forma, tornando-se objetivamente "verdadeiros" ou científicos? Não surpreende que muitos marxistas tenham tentado defender esta última posição, mas até o momento não se encontrou nenhuma forma satisfatória de estabelecer uma clara distinção entre pensamento científico e ideológico nesse contexto.

Tradições interpretativas dominantes: instrumentalismo de classe *versus* determinismo econômico

Collins (1982) distingue duas maneiras de considerar as concepções sobre o direito do Marx da maturidade:

(a) instrumentalismo de classe – aqui, o direito é visto como uma arma na luta de classes. O direito é um instrumento para a opressão das classes sociais mais baixas, e um modelo de conflito do desenvolvimento social é mais apropriado para explicar a mudança;

(b) determinismo econômico – esta é uma concepção mais complexa, que vê o direito não simplesmente como um instrumento de dominação de classe, um instrumento da classe dominante, mas como um fenômeno produzido e reproduzido pelas forças mais importantes que impulsionam as transformações sociopolíticas e culturais numa sociedade (para Marx, o modo de produção econômica).

Cada uma das correntes acima é aberta a sérias dúvidas. Em primeiro lugar, as análises do direito como um instrumento da repressão de classes podem ter parecido, aos observadores de primórdios do século XIX, um simples reflexo das práticas por meio das quais uma classe privilegiada mantinha sua posição, pela força se necessário (e existe um grande volume tanto de argumentação teórica quanto de sustentação empírica; ver, por exemplo, Hay, 1975): em certas ocasiões, tanto Bentham quanto Austin afirmaram ver a ordem jurídica como arma de dominação, tema desenvolvido pela sociologia de Max Weber (ver capítulo 11 deste livro); afirmações claras a favor dessa leitura são feitas na tradição marxista, ver Lenin 1976, Pashukanis 1978 – particularmente sobre o direito público – e criminologistas críticos como Quinney, 1973), mas o percurso subseqüente do desenvolvimento social torna extremamente difícil identificar nisso a essência do direito. Ficou claro que é difícil tanto identificar uma classe coerente que controla o direito quanto ilustrar os mecanismos através dos quais tal classe converte, com êxito, sua vontade em um regime legal que sirva a seus interesses (Cotterrell, 1984: 16 ss.). Todavia, porquanto a força não seja o segredo da dominação moderna, ela não desapareceu e continua sendo um aspecto fundamental do poder de governo. Além disso, é verdade que a força do direito é difundida de modo desigual; se as sociedades pós-modernas estão desenvolvendo uma subclasse negligenciada ou "perdida", isso vai acarretar o impacto do policiamento repressivo. O lado coercivo do direito moderno pode convergir para segmentos particulares da população (Bauman, 1994, Morrison, 1995; 1996).

Em segundo lugar, as análises que viam o direito como um reflexo passivo da base econômica reduzem o desenvolvimento social a um relato unilateral do "progresso", ou reduzem a variação tanto nas formas quanto nos conteúdos do direito. Algumas modalidades de direito, em especial as preocupações centrais do direito penal – por exemplo, as proibições de se tirar deliberadamente a vida humana –, pare-

cem transculturais, enquanto outros aspectos de seu conteúdo são extremamente específicos do ponto de vista cultural. O escritor soviético Pashukanis (1978) procurou contornar essa dificuldade ao argumentar que, nos países desenvolvidos, a forma do direito reflete a "forma de produtos primários" das relações econômicas (o sujeito da relação jurídica é o portador social e individual de direitos, do mesmo modo que o mercado trata o indivíduo como o possuidor econômico de unidades de trabalho ou transações de mercado).

Essas duas distinções não são suficientes para cobrir o amplo alcance das concepções marxistas sobre o direito, e as análises modernas deram muita atenção ao efeito ideológico do direito e do pensamento jurídico (ver nossa nota 12). Hunt (1991, 1993: 249-50) apresenta uma síntese que consta de seis temas:

(i) O direito é inevitavelmente político, ou o direito é uma forma de política.

(ii) O direito e o Estado são estreitamente ligados; o direito mostra uma relativa autonomia em relação ao Estado.

(iii) O direito põe em vigor as relações econômicas predominantes, reflete-as ou exprime-as de alguma outra forma; a forma jurídica reproduz as formas das relações econômicas.

(iv) O direito é sempre potencialmente coercitivo ou repressivo, e manifesta o monopólio estatal dos meios de coerção.

(v) O conteúdo e os procedimentos do direito manifestam, direta ou indiretamente, os interesses da(s) classe(s) dominante(s) ou do centro detentor do poder.

(vi) O direito é ideológico; tanto exemplifica quanto legitima os valores estabelecidos da(s) classe(s) dominante(s).

Hunt enfatiza que esses temas estão presentes nos escritos marxistas de muitas maneiras diversas, com diferentes graus de sofisticação e complexidade. Alguns dos temas são conflitantes, outros se reforçam mutuamente. Nenhum tema oferece a "correta" interpretação do marxismo. Conquanto admitamos que esses temas refletem tendências no vasto arsenal dos escritos de Marx, não faremos uma descrição das idéias de outros autores; ao contrário, esboçaremos um conceito do papel do direito na modernidade, papel este que chamaremos de "constitutivo".

Sobre uma teoria marxista constitutiva do papel do direito na modernidade

Os capítulos anteriores, nos quais foram abordados autores tão diferentes quanto Santo Agostinho, Hobbes, Hume, Kant e Austin, enfatizaram a dualidade das perspectivas dos fundamentos do direito e sua capacidade de atuar como elemento de

fundação social. Numa das concepções, o direito aparece como se pudesse ser extraído do contexto das relações operacionais que se dão nas formas sociais da sociedade e imposto a esta de modo que configure a interação social através da coerção. A esta imagem, porém, vem opor-se uma outra na qual o direito infiltra-se e adquire vida como expressão e reflexo de interações sociais que, de modo subjacente, ocorrem no cotidiano em menor escala. Uma teoria constitutiva do direito implica ver o direito num conjunto complexo de processos nos quais é tanto um reflexo como uma forma de imposição, tanto uma força produtiva que permite a existência de formas sociais quanto um produto dessas mesmas formas.

ESBOÇO DO DESENVOLVIMENTO DO PENSAMENTO JURÍDICO DE MARX

Em nenhuma época de sua vida Marx criou uma obra específica que se pudesse chamar de sua "sociologia do direito", mas o direito (e a filosofia do direito) foram sua primeira preocupação central. Depois de concluir o liceu em 1835, Marx matriculou-se no curso de direito da Universidade de Bonn (para onde John Austin se transferira oito anos antes, a fim de preparar suas aulas). Além de estudar direito, esperava-se que Marx fizesse estudos teológicos, e ele matriculou-se num curso de mitologia clássica e história da arte. O que o estimulava, porém, eram a poesia e seus excessos de juventude. No ano seguinte ele foi para Berlim, onde mergulhou no estudo do direito, das ciências e da arte, e apaixonou-se por uma jovem com a qual viria mais tarde a casar-se. Escreveu a seu pai que havia chegado a um momento limítrofe de sua vida: aprendera na obra de Hegel (ver capítulo 7 deste livro) a tarefa de "procurar a idéia [a totalidade da existência] na própria realidade. Se antes os deuses viviam acima da Terra, agora haviam se tornado seu centro" (carta de 10 de novembro de 1837). Arte, ciência, poesia, filosofia especulativa, paixão romântica, religião... Tudo isso era agora visto pelo jovem Marx estudante como modos diferentes de se acercar da complexa unidade da existência histórica do homem neste mundo. A intensidade com que Marx se dedicava agora à tarefa de compreender "a totalidade da realidade" levou-o à exaustão mental e ao colapso físico; durante o tempo em que se ausentou da Universidade para recuperar-se dos nervos, leu toda a obra de Hegel. Havia um problema em Hegel: embora tivesse conseguido trazer a divindade para a Terra, sua *tese do idealismo* conteria, de fato, uma resposta à pergunta sobre a(s) força(s) motriz(es) do desenvolvimento histórico? O direito era, de fato, o instrumento por meio do qual as crenças morais de uma sociedade se expressavam e a liberdade humana se concretizava?

Alguns anos mais tarde, em 1859, Marx sintetizou o modelo de seu desenvolvimento intelectual no famoso prefácio à *Contribuição à crítica da economia política*. Mesmo levando em conta o fato de que as reflexões de um escritor sobre sua própria evolução intelectual podem ser egocêntricos, podemos ainda assim seguir a estrutura desse prefácio a fim de criar nosso próprio modelo do desenvolvimento de Marx.

Marx começa por afirmar: "Embora eu tenha estudado filosofia do direito, estudei-a como assunto subordinado à filosofia e à história" (todas as referências ao prefácio são extraídas do texto traduzido em *Karl Marx: Early Writings*, Penguin Classics, 1992). Seu desejo, desde os tempos de estudante, de tornar-se jurista acadêmico frustrou-se quando, depois de concluir sua tese de doutorado, vários acadêmicos progressistas foram demitidos de seus cargos em 1841. Sua influência intelectual mais importante foi o impacto causado pela leitura de *A essência do cristianismo*, de Feuerbach, que argumentava que a religião era uma resposta às condições materiais da vida. Feuerbach argumenta que a história é na verdade a narrativa do homem lutando por realizar suas possibilidades nas condições materiais concretas em que se encontra e que, enquanto o homem pode apelar a Deus, esse é um exercício em que ele separa seus desejos existenciais de seu domínio terrreno, e equivale a um exercício de alienação. Na verdade, o centro da existência é o homem, e não Deus, e a história (com a conseqüência, aparentemente, de que as atenções do homem deveriam voltar-se para o estudo da situação total da humanidade e de seu aperfeiçoamento)[13]. Isso foi uma revelação para Marx, pois defendia a importância das condições materiais da vida em contraste com a tensão que Hegel colocava sobre a criação de idéias. Marx começou a escrever para um jornal – o *Rheinische Zeitung* – que representava interesses industriais e liberais. Tornou-se seu editor, foi apresentado ao jovem industrial Engels durante uma visita a Colônia, e logo envolveu-se em polêmicas sobre a natureza das mudanças jurídicas. O resultado disso foi que ficou desanimado quanto à capacidade de o direito servir como instrumento de transformações progressistas.

Primeiro, porém, cabe perguntar quais eram as concepções de Marx sobre o direito enquanto editor do *Rheinische Zeitung*. Escrevendo em 1842, Marx definiu a humanidade do homem em termos de uma capacidade de autodomínio que distingue os fins verdadeiramente humanos daqueles naturalmente condicionados: "A liberdade representa tanto a essência do homem que inclusive seus adversários a põem em prática mesmo quando combatendo sua realidade." A grande realização da modernidade está na descoberta da verdadeira humanidade do homem: "A Antiguidade tinha suas raízes na natureza, no substantivo. Sua degradação e profanação significa uma ruptura fundamental com a solidez da vida substantiva. O mundo moderno tem suas raízes no espírito, e pode ser livre." Nesse contexto idealista hegeliano, o Marx dos *Debates sobre a liberdade de imprensa* percebe que "as normas jurídicas são

13. Esse é um ponto crucial para o desenvolvimento do marxismo. Anteriormente, Marx já fora buscar em Hegel a idéia de unidade do mundo – não há nenhuma divisão platônica da vida na caverna e de sua transcendência. Com o hegelianismo, o Marx aprendiz entendeu que (i) existe apenas uma realidade e que esta pode ser compreendida como a expressão da racionalidade do mundo; (ii) a história é um processo teleológico de desenvolvimento e de mudança de formas menos perfeitas para formas mais perfeitas de toda a realidade, aí incluídos a vida social e política e o pensamento humano; (iii) os pensamentos e o comportamento dos homens, em qualquer época dada, são o reflexo de alguns processos idênticos, especificamente as operações do espírito ou da mente (*Geist*).

as normas gerais claras e positivas nas quais a liberdade adquiriu uma existência teórica impessoal, independente da vontade arbitrária dos indivíduos. O livro de direito é a Bíblia da liberdade do povo"[14]. Sem dúvida, poucas afirmações mais otimistas e românticas sobre o direito já foram feitas até hoje!

Portanto, Marx podia comparar um direito com o qual estava de acordo, o direito de imprensa (que possibilitava a ação penal contra os autores de material escrito depois da publicação, caso ofendesse certas categorias) com um direito que desaprovava, o direito de censura (que obrigava os escritores a submeter seu material escrito antes da publicação), explicitamente nos termos hegelianos de um direito natural reformado.

> O direito de imprensa pune os abusos de liberdade. O direito de censura pune a liberdade como um abuso. Trata a liberdade como crime, ou não se considera como punição degradante, em todas as esferas, o fato de estar sob supervisão policial? O direito de imprensa é um verdadeiro direito.
>
> O direito de imprensa é um direito verdadeiro porque representa a existência positiva da liberdade. Vê a liberdade como o estado normal da imprensa, e a imprensa como um modo de existência da liberdade; conseqüentemente, só entra em conflito com uma transgressão praticada pela imprensa como uma exceção que infringe suas próprias regras e, portanto, anula-se a si própria.
>
> [Portanto] a censura não pode jamais, assim como a escravidão, tornar-se legítima, ainda que exista mil vezes em forma de direito. [Uma vez que] onde o direito é um verdadeiro direito (...) encontra-se a verdadeira existência da liberdade humana (todas as citações extraídas de Phillips, 1980: 7).

14. O Marx dos primeiros escritos manteve as distinções usadas pelos juristas jus-naturalistas – fazendo alusão à concepção de uma forma verdadeira e natural do juízo e, desse modo, de uma forma verdadeira e natural do direito, no cosmo, passível de ser usada para criticar aquilo que chamamos vagamente de "direito positivo". Os textos do Marx desse período eram cheios de expectativas de mudanças progressivas que decorreriam da produção de idéias e debates a partir do interior das condições sociais existentes. Seus artigos sobre o direito de imprensa, por exemplo, podem – sem muito abuso teórico – ser caracterizados como textos sobre "direito natural" (com faz Paul Phillips, por exemplo, em *Marx and Engels on Law and Laws* [Marx e Engels sobre o direito e os direitos], 1980: 6-23). O aspecto principal desse período é sua adesão ao idealismo hegeliano. Em poucas palavras, o idealismo sustenta que o elemento mais importante da constituição do mundo são as idéias ou o pensamento – através do pensamento, o mundo constitui-se a si próprio, e a razão do pensamento torna-se a razão do mundo. Contudo, a distinção entre direito natural / direito positivo depende da liberdade de pensamento e da imaginação filosófica, quer arraigada na intuição do homem enquanto indivíduo, quer nas formulações sistemáticas do professor, para poder exprimir e reconhecer a verdade. Só podemos nos dar conta de que existe uma "outra" formulação jurídica, que contém a "verdadeira" essência do "direito", através de uma experiência de pensamento ou da apreciação deste. Todavia, mesmo que isso pudesse ser feito, aumentaria o temor de que tudo que fizemos foi reconhecer o incompleto e o não-direito apenas em "pensamento", e que nada mais fazemos a não ser reconciliar, através do ato de contrapor ao não-direito positivo a verdadeira essência do direito no pensamento – somente no pensamento, como na filosofia do direito –, quando o que se deveria fazer seria uma consumação em termos práticos.

Para Marx, a idéia de um domínio abstrato de direito natural transformou-se, com o tempo, nos fundamentos econômicos que lhe foram apresentados por sua "verdadeira ciência".

Aqui, nas origens do marxismo, observamos no espírito do direito natural uma predileção pelos humilhados e ofendidos, predileção que se expressa na luta pela dignidade humana e não permite que nenhuma autoridade recentemente expressa, como é o caso, aqui, do direito positivo, se torne uma resposta em si mesma.

Quando Marx passou para os domínios da crítica socioeconômica, em seu artigo sobre *Os debates na Assembléia da Renânia sobre o direito no caso dos roubos de madeira*, sua explicação do que estava errado ou era injusto com as leis que legitimam a privação econômica dos pobres e reforçam os privilégios habituais dos ricos foi feita nesses mesmos termos hegelianos:

> O que se entende pelos chamados costumes dos privilegiados são costumes contrários ao direito. Suas origens estão no período em que a história humana ainda fazia parte da história natural e em que, de acordo com uma lenda egípcia, todos os deuses se ocultavam em forma de animais. A humanidade parecia dividida em espécies definidas de animais ligados entre si não pela igualdade, mas por uma desigualdade instituída pelas leis. A falta de liberdade que reinava no mundo exigia leis que expressassem tal falta porque, enquanto a lei dos homens é o modo de existência da liberdade, a lei dos animais é o modo de existência da falta de liberdade. Em seu sentido mais amplo, o feudalismo é o reino espiritual animal, o mundo da humanidade dividida... Os direitos costumeiros da aristocracia conflitam, por seu conteúdo, com a forma do direito universal. Não podem constituir o direito, pois são criações da ilegalidade.

Nessa situação, "os interesses privados procuram degradar" a razão de Estado e seu direito. O Estado, como consumação da liberdade humana, deveria reconhecer:

> (...) somente as forças espirituais. O Estado entrelaça toda a natureza com nervos espirituais, e a cada instante deve parecer que é a forma, e não o material, que domina; a natureza do Estado, não a natureza sem o Estado; o ser humano livre, não o objeto sem liberdade (Citações extraídas de Phillips, 1980: 00).

A razão de Estado deve clamar em altos brados diante das tentativas de disfarçar o interesse privado em forma de direito: "Teus métodos não são os meus, tuas idéias não são as minhas!"

Nessas obras, Marx argumenta que o objetivo da modernidade consiste em alcançar a liberdade e a felicidade humanas, e que os obstáculos a tal objetivo podem ser superados através da força progressiva da razão social e da comunicação de idéias. Porém, enquanto a filosofia de Hegel parecia fornecer os instrumentos para ajustar a diversidade do mundo empírico, transformando-a numa narrativa de totalidade e progresso social, com o passar do tempo o fosso entre a "reconciliação teórica" e a "desarmonia prática" do mundo torna-se premente, tanto como problema teórico a ser analisado e compreendido quanto como projeto sociopolítico prático a ser superado.

Com o jornal forçado a fechar as portas e os proprietários à procura de um novo editor – na esperança de que, se observassem a linha de pensamento do governo,

poderiam obter a permissão de reabrir –, Marx se viu forçado a dedicar-se aos estudos privados. Como diz ele: "O primeiro trabalho ao qual me dediquei para dissipar as dúvidas que me assaltavam foi um reexame crítico da filosofia do direito de Hegel" (Prefácio, 1992: 425). Em resultado desse trabalho – a *Contribuição à crítica da filosofia do direito de Hegel* (1843) –, Marx mudou de opinião sobre a força motriz que fazia avançar a transformação social. Segundo as análises-padrão, ele afirmou ter descoberto o conhecimento "científico" exato da natureza da modernidade ao inverter o sistema filosófico idealista "abstrato" de Hegel. O sistema de Hegel sustentava que a sociedade avançava para a consumação das realizações humana e a criação da verdadeira paz entre os homens através de um progressivo desdobramento do "espírito", ou *Geist*, do *ser* (ou da existência) por meio dos conflitos, ou da dialética, entre tendências antagônicas de realidades ou idéias. Essa progressão dialética leva, ao fim e ao cabo, à descoberta daquele perfeito estado de ser do homem do qual o presente sempre nos permitiu entrever relances. Como resultado de seus estudos, por volta de 1859 Marx se sentiu capaz de "inverter" Hegel, substituindo "espírito" pela "base material" da existência social – o modo de produção econômica do sistema social[15]. Para o homem concretizar suas possibilidades na história, ele precisaria transformar as condições materiais concretas de sua existência.

Portanto, Marx agora percebe a relação entre liberdade e direito de maneira complexa e dialética. Ele reinterpreta o problema de Hegel não como o desdobramento progressivo do espírito de liberdade, mas como a necessidade de tornar a liberdade concreta e social. Como ele nos explica nesta famosa passagem.

> A crítica da religião terminou com a doutrina de que o homem é o ser superior para o homem e, portanto, com o imperativo categórico de eliminar todas as relações nas quais o homem é um ser degradado, escravizado, abandonado e desprezado (*Critique of Hegel's Philosophy of Rights* [1844] 1992: 251).

---

15. Essa resposta também parece nos apresentar uma teoria dos fundamentos da existência humana. Especificamente, enquanto outra noção-chave de Hegel é a de que existe alguma presença fundamental extrínseca a todos os aspectos conflitantes da vida cotidiana que confere sentido e unidade à existência – e, em Hegel, vemos isso no *Geist*, no desenvolvimento do *Geist* ao longo do avanço da história –, para Marx a base social da existência são, em última análise, as estruturas mutáveis das formações econômicas. Essa resposta nos permite ter um vislumbre de uma pós-modernidade que irá superar as tensões e as forças desumanizadoras do moderno. Em outras palavras, uma vez superadas as estruturas econômicas que nos levam a competir no mercado, desaparecerão as divisões entre o meu e o seu interesse, ou entre nossos interesses individuais e o interesse social. Essa idéia sustentava o chamado à ação em nome de uma utopia comunista, e por fim tornou-se vítima das amargas decepções que os marxistas sentiram diante da terrível história que seus sistemas ocasionaram no século XX. Para muitos, hoje, a história parece mostrar que, embora seja possível mudar um grande número de condições sociais, é impossível livrar-se das divisões básicas entre razão e desejo, entre meu interesse e o seu, ou entre a posição individual e a sociedade. Pouco surpreende, portanto, que os acontecimentos de 1989 tenham levado alguns escritores – como Francis Fukuyama (1989) – a anunciar que a história havia chegado ao fim, mas que o liberalismo capitalista, e não o socialismo, era o vitorioso.

Isso praticamente substitui sua distinção anterior entre direitos genuínos e não-genuínos por uma visão da contradição entre a universalidade formal das instituições jurídicas e políticas, e a particularidade real dos interesses e do comportamento humanos. A contínua reforma do direito do Estado não superará os obstáculos à felicidade humana sem uma transformação dos fundamentos "práticos" do Estado. A "emancipação política" deve ser distinguida da "emancipação humana"; deixada a si própria, a emancipação política cria apenas o indivíduo isolado e egoísta na esfera de uma modernidade vazia da prática de interesses gerais liberados. O fracasso da Revolução Francesa (sua degeneração em terror jacobino e na ditadura de Napoleão) muito deveu a uma concentração equivocada na idéia de vontade social e na idéia de usar a força e a lei para criar uma nova ordem social. Portanto, os jacobinos haviam pensado, equivocadamente, que

> (...) o princípio da política é a vontade. Quanto mais unilateral e, portanto, mais rematada for a mente política, mais acreditará na onipotência da vontade, mais cega será aos limites naturais e espirituais da vontade, e mais incapaz será, portanto, de descobrir a origem dos males sociais (*Collected Works*, Vol. 3: 199).

O enfoque de Marx era simples, porém fatal. O poder político só pode consumar possibilidades permitidas pelas tendências das condições socioculturais existentes. Por si mesma, a emancipação política não é capaz de tornar a humanidade livre – a modernidade terá de se transformar numa forma que permita a concretização da liberdade do "ser-espécie" da humanidade. Não apenas nas imagens da filosofia, mas "em sua vida empírica, em seu trabalho e em suas relações". Todas as condições que não atendem a essa condição plenamente humana escravizam o homem e o tornam desprezível. A tarefa consiste em situar e analisar as verdadeiras condições que produziram o abismo entre a humanidade do homem e seu mundo. Com o tempo, Marx parece ter descoberto isso na teoria do "materialismo histórico".

A FORMULAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO CIENTÍFICA DO MARX DA MATURIDADE

Dando seguimento à narrativa de sua transformação intelectual, Marx (1859) afirma sua idéia-guia definitiva:

> O resultado geral a que cheguei e que, uma vez alcançado, serviu de fio condutor aos meus estudos, pode ser assim resumido: na produção social de sua vida, os homens mantêm relações explícitas que são indispensáveis e independentes de sua vontade, relações de produção que correspondem a uma fase específica do desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. O conjunto dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona os processos da vida social, política e intelectual em termos gerais. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, pelo contrário, seu ser social que determina sua consciência. Em determinado estágio de seu desenvolvimento, as forças materiais da sociedade entram em conflito com as relações de produção existentes, ou – o que não é senão a expressão jurídica da mesma coisa – com as relações de propriedade em cujo contexto se desenvolveram até aquele momento. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, essas relações se transformam em seus obstáculos. Surge, então, uma época de revolução social. Com a mudança da base econômica, a imensa superestrutura se transforma mais ou menos rapidamente. Ao examinar essas transformações, deve-se sempre distinguir entre a transformação material das condições econômicas de produção, que podem ser determinadas com a precisão das ciências naturais, e as instâncias jurídicas, políticas, religiosas, estéticas ou filosóficas – em suma, as formas ideológicas em que os homens se tornam conscientes desse conflito e lutam por resolvê-lo. Assim como nossa opinião sobre um indivíduo não pode basear-se no que ele pensa de si mesmo, tampouco podemos julgar tal período de transformações por sua própria consciência; ao contrário, é preciso explicar essa consciência pelas contradições da vida material, pelo conflito existente entre as forças produtivas sociais e as relações de produção. Nenhuma ordem social desaparece antes do desenvolvimento de todas as forças produtivas para as quais há nela espaço; e relações de produção novas e mais altas jamais aparecem antes que as condições materiais para a sua existência amadureçam no seio da própria sociedade antiga (do Prefácio de 1859 a *A Contribution to the Critique of Political Economy*, 1992: 425).

Escrevendo com Engels, ele apresentara anteriormente as condições para uma verdadeira análise da condição humana:

> Partimos de homens reais e ativos, e, com base em seu processo de vida real, demonstramos o desenvolvimento dos reflexos e dos ecos ideológicos do processo de vida. Os fantasmas criados no cérebro humano são também, necessariamente, idealizações de seu processo de vida material, que é empiricamente verificável e ligado a premissas materiais. Moralidade, religião, metafísica – toda a ideologia restante e suas formas de consciência correspondentes – deixam então de parecer independentes. Não têm história nem desenvolvimento; os homens, porém, ao desenvolverem sua produção material e suas relações materiais, alteram além disso sua existência real, seu pensamento e os produtos de seu pensamento. A vida não é determinada pela consciência, mas a consciência pela vida (Marx e Engels, 1846, *The German Ideology: in The Marx-Engels Reader*, 1978: 154-5).

O direito e a filosofia do direito não se desenvolvem em resposta a exigências de coerência interna ou em virtude de seu próprio desenvolvimento: ao contrário, são objetos determinados a partir do desenvolvimento das forças produtivas em que os homens estão inseridos. Marx pode dirigir toda sua polêmica contra a filosofia jurídica liberal da época:

> Tuas próprias idéias não são senão a conseqüência das condições de tua produção e propriedade burguesas, assim como tua filosofia jurídica não é senão a vontade de tua classe transformada em lei para todos, vontade cuja natureza e direção são determinadas pelas condições econômicas da existência de tua classe (Marx e Engels, *The Manifesto of the Communist Party*, 1848, em *The Marx-Engels Reader*, 1978: 487)[16].

O erro analítico que a economia e a filosofia do direito político-liberais (por exemplo, na obra de Hume, Smith, Bentham e Austin) havia cometido consistia em admitir o funcionamento do capitalismo como, até certo ponto, um reflexo de superfície das leis subjacentes e naturais de forma, utilidade e função. Em filosofia, "reinam, solitários, a liberdade, a propriedade, a igualdade e Bentham" (1867: 176), mas essas coisas eram meras superficialidades; as verdadeiras "leis do movimento" transcendiam o capitalismo. Os liberais eram empiristas crassos que aceitavam a operação da propriedade privada e do contrato como um dado natural, e não como algo a ser explicado[17].

> A economia política tem suas origens no fato da propriedade privada, porém não o explica. Apodera-se do processo material da propriedade privada, o processo ao qual se submete, em fórmulas gerais e abstratas que então passa a considerar como leis. Não assimila essas leis, isto é, não mostra como elas provêm da natureza da propriedade privada. A economia política é incapaz de explicar as razões da divisão entre trabalho e capital, entre capital e terra (...). Admite o que se pressupõe que explique (*Collected Works*, vol. 3: 271).

A análise marxista se voltava para os processos estruturais mais profundos e para a busca da lógica evolutiva da transformação social. A filosofia jurídica burguesa obscurecia a realidade do conflito de classes e empenhava-se em criar uma imagem da esfera jurídica como uma instância auto-suficiente, uma imagem da ordem jurídica como a expressão e a busca contínua da justiça. Enquanto Austin pode ter

16. A estocada reflexiva na conclusão desta análise indica que assim também deve ser sua própria teoria!

17. Marx considera o liberalismo ligado ao capitalismo e fundado no egoísmo, e era sarcástico com Bentham, cuja obra não parece justificar uma crítica detalhada: "Essa esfera que estamos abandonando, dentro de cujas fronteiras impera a compra e venda da força de trabalho, é na verdade o próprio Éden dos direitos inatos do homem. Ali reinam, solitários, a liberdade, a igualdade, a propriedade e Bentham. A liberdade, porque tanto o comprador quanto o vendedor de uma mercadoria, digamos da força de trabalho, só são limitados por seu próprio livre-arbítrio. Eles contratam como agentes livres, e os acordos que fazem não é senão a forma na qual dão expressão jurídica à sua vontade comum. Igualdade, porque eles se relacionam entre si do mesmo modo que o fazem com um simples proprietário de mercadorias, e trocam o equivalente pelo equivalente. Propriedade, porque cada um só dispõe daquilo que lhe pertence. E Bentham, porque cada um só cuida de si próprio. A única força que os une e os faz estabelecer relações é a do egoísmo, a dos ganhos e dos interesses privados de cada um."

"A economia clássica sempre gostou muito de conceber o capital social como uma quantidade fixa de um grau fixo de eficiência. Contudo, essa tendência foi estabelecida pela primeira vez pelo arquifilisteu Jeremy Bentham, *esse oráculo insípido, pedante e falastrão da inteligência burguesa medíocre* do século XIX" (*Capital*: The World's Classics, Oxford University Press, 1995: 335).

argumentado que o direito era o instrumento do qual o poder de Estado se valia para criar condições socialmente justas para a vida, para Marx e Engels, em *The German Ideology*:

> O justo, o direito, etc. são apenas o sintoma, a expressão de outras relações sobre as quais repousa o poder de Estado (...). Essas relações efetivas não são, de modo algum, criadas pelo poder de Estado; ao contrário, são o poder que o cria. Os indivíduos que governam em tais condições, além de terem de constituir seu poder na forma do Estado, têm de dar à sua vontade, que é determinada por essas condições inelutáveis, uma expressão universal como a vontade do Estado, como direito ([1846] 1968: 366).

Todavia, essa relação é, e deve ser, obscurecida pela filosofia jurídica liberal. Sob o capitalismo, o direito reflete a estrutura econômica de relações econômicas desiguais e expoliativas e traz inscrito em si o rótulo dos interesses da classe dominante – um rótulo legitimado como representação da necessidade de o direito refletir a economia política ou a busca por relações socialmente justas. Como Engels afirmou em carta a C. Schmidt após a morte de Marx, se o direito fosse, de modo tão óbvio, um reflexo da estrutura econômica, perderia sua capacidade de ser visto como algo digno de respeito. Isso pode significar que certas modalidades de direito são de fato não um reflexo direto, mas sim indireto, das condições econômicas, ou uma adaptação à necessidade de demonstrar uma ideologia de justiça.

> Num Estado moderno, o direito não deve apenas corresponder às condições econômicas gerais e ser sua expressão; deve ser também uma expressão interiormente coesa que, devido a suas contradições internas, não se reduza a nada. E, para conseguir tal objetivo, o reflexo fiel das condições econômicas passa por distorções crescentes – tanto mais quanto mais raramente se tem um código de leis como expressão cabal, consumada e pura da dominação de uma classe; considerado em si mesmo, tal fato seria uma agressão à "concepção do justo" ([1890] 1960: 504).

O direito deve ostentar uma ideologia da eqüidade, do progresso e do interesse social que oculte a realidade da dominação. Numa passagem admirável (que Kelsen – ver capítulo 12 deste livro – poderia ter colocado como epígrafe de *The Pure Theory*), Engels descreve de que modo o "motivo jurídico" passou a ser compreendido como a força motriz do direito, e não da dominação:

> Contudo, uma vez que o Estado tenha se tornado um poder independente em face da sociedade, produz sem demora uma nova ideologia. Na verdade, é entre políticos profissionais, teóricos do direito público e juristas do direito privado que a relação com os fatos econômicos se perde por completo. Tendo em vista que, em cada caso particular, os fatos econômicos devem assumir a forma de motivos jurídicos a fim de receberem sanção legal; e, tendo em vista que, ao assim procederem, há por certo que se levar em consideração a totalidade do sistema jurídico já em operação, a conseqüência é que a forma jurídica passa a ser tudo, e o conteúdo econômico se reduz a nada (Marx-Engels, *Selected Writings*, 1958: 396-7).

O segredo da dominação através do direito consiste em ocultar a dominação. Como o pensador comunista italiano Gramsci observaria mais tarde, a *hegemonia*[18] – ou a situação em que os dominados percebem os instrumentos de dominação como forças que zelam pelos seus principais interesses – é a forma mais eficaz de assegurar que os dominados se deixem guiar pelos desejos dos dominadores.

ASPECTOS DA METODOLOGIA MARXISTA

Marx procurou criar um método de análise que explicasse a essência das formações sociais e da transformação histórica. Em outras palavras, o marxismo era uma teoria social total cujo principal objeto de estudo era o capitalismo. Marx estava intrigado com a busca dos elementos-chave da estrutura da sociedade capitalista, o modo como esta se desenvolvia, sua capacidade de reproduzir-se como sistema econômico e social e seu destino. Segundo Marx, as relações entre as pessoas e as formas que institucionalizam essas relações dependem da "estrutura econômica da sociedade"; o modo como a produção se organiza. A humanidade passou por cinco estágios históricos – o do comunismo primitivo, o asiático, o da escravidão, o do antigo feudalismo e o capitalista – com uma estrutura socialista socialmente desenvolvida ainda por vir. Cada um tem métodos de produção dominantes que levam a "uma complexa organização da sociedade em diferentes ordens, uma múltipla gradação de classes sociais" (Marx e Engels, 1965: 40). Cada forma de sociedade contém divisões conflitantes que ajudaram a transformar a natureza de tal sociedade: as contradições de modo de produção enfatizam a ordem social existente, aprofundando a linha divisória entre a base, ou o fundamento econômico da sociedade, e sua superestrutura, ou suas instituições jurídicas, políticas e religiosas[19]. Essas contradições são

18. Hegemonia denotava o processo criador do "consentimento espontâneo dado pela grande massa da população à direção geral imposta à vida social pelo grupo dominante principal (isto é, a classe dominante)" (Gramsci, 1971: 12, citado em Hunt, 1993: 20).

19. Alguns comentaristas referem-se à relação entre *base e superestrutura* como uma metáfora. A imagem é do direito, da política, religião, arte etc., tudo repousando sobre uma base de atividades e relações econômicas (o alicerce que sustenta a construção). A estrutura da construção é, assim, determinada pelo que está por baixo. Conquanto atraente em sua simplicidade, a metáfora apresenta inúmeros problemas. Por exemplo, os críticos observam que as relações econômicas são em si mesmas definidas pelo direito (que faz parte da superestrutura). Isso significa que, na verdade, a base é parcialmente construída sobre a superestrutura!? Marxistas contemporâneos argumentam que o essencial é reconhecer que, de algum modo, a economia determina o destino da sociedade "em última instância". Por exemplo, Louis Althusser, influente filósofo francês na década de 1970, afirmou que, na verdade, os níveis político, ideológico e econômico da sociedade influenciam-se todos entre si, e todos têm uma considerável dependência mútua. Só em última análise a economia determina o movimento geral da sociedade. Muitos marxistas empregam o conceito da "relativa autonomia" que o Estado, o direito, a ideologia etc. têm diante da economia. Assim eles assinalam, para além do nível econômico, um amplo espaço para a independência por "níveis" de sociedade (ou para a ação em "níveis" de sociedade). O determinismo econômico – a idéia de que os aspectos econômicos da sociedade terminam por determinar todos os outros aspectos – é, portanto, fundamental para o pensamento marxista, mas ao mesmo tempo é uma idéia complexa que se pode interpretar de muitas maneiras diversas.

a fonte da transformação social, e têm sua atuação mais poderosa nos confrontos de classes. Através do confronto das contradições de classe uma modalidade histórica de sociedade se eleva a um estágio superior de desenvolvimento social: "a história de todas as sociedades até hoje existentes é a história da luta de classes" (*ibid.*: 39).

O ESTADO

O Estado é tanto uma organização política, algo funcionalmente determinado pelos processos sociais, quanto uma ilusão. Para funcionar, para assumir sua forma, o Estado depende do direito e da ideologia. Os Estados nem sempre existiram (e tampouco existirão no futuro, acreditava Marx); são organizações de poder historicamente específicas. Que organização social existia antes do Estado? Engels argumentava que a constituição política do Estado foi precedida por uma organização familiar, uma comunidade em que indivíduos livres e iguais possuíam e controlavam comunitariamente seus produtos. O Estado foi criado pelo desenvolvimento da divisão do trabalho e pela correspondente ascensão das relações de classe. Instaurou-se o conflito, e os indivíduos desenvolveram a idéia de propriedade privada para mediar o conflito entre si próprios e sua vida em grupo. À medida que indivíduos e famílias formaram grupos maiores, um Estado surgiu na esteira de um processo em que se trocava liberdade individual por proteção social. O Estado nasceu dessas operações de troca.

> Para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos conflitantes, não se consumam a si próprios nem à sociedade numa luta vã, um poder aparentemente acima da sociedade tornou-se necessário para moderar o conflito e mantê-lo dentro dos limites da "ordem"; esse poder, nascido da sociedade mas colocado acima dela, e que dela cada vez mais se aliena, é o Estado (Engels [1884] 1973: 229).

Qual é a essência dessas relações de poder que estão na base do Estado moderno? No *Manifesto comunista*, Marx e Engels usaram de uma retórica sucinta: "O poder político, assim chamado com propriedade, nada mais é que o poder organizado de uma classe para a opressão de outra" (*The Manifesto of the Communist Party*: 490). Engels foi claro:

> O Estado antigo era (...) o Estado dos proprietários de escravos, tendo em vista a exploração dos escravos, assim como o Estado feudal era o órgão da nobreza para a exploração dos servos e camponeses, e o Estado representativo moderno é um instrumento da exploração do trabalho assalariado pelo capital (1973: 231).

Para Marx e Engels, a posição de classe constituía uma unidade de análise central. A partir do século XVIII, a luta de classes deu-se basicamente entre a classe capitalista (a burguesia) e a classe trabalhadora (o proletariado). Na transformação que eles previram, da sociedade capitalista para o comunismo, passando antes pelo so-

cialismo, a superestrutura da sociedade burguesa – religião, direito e teoria jurídica, divisões nacionais, instituições políticas burguesas, o Estado – seria eliminada e, no famoso dizer de Engels, o governo de "pessoas" seria substituído pela administração de "coisas". O Estado seria relegado à condição de museu da história, juntamente com a roda de fiar e o machado de bronze.

Para Marx, estava claro que os Estados europeus de seu próprio tempo permitiam que a classe dominante oprimisse a classe trabalhadora através de agentes do Estado como o Judiciário, a polícia, o exército e a Igreja. O que isso implica para o estilo e o conteúdo da legislação, do novo direito moderno? Marx é um expressionista. O direito moderno exprime desejo, o direito envolve a vontade, esta exprime a transformação da vontade humana em uma legislação criadora de uma estrutura de regras e mecanismos reguladores, ou um anúncio autoritário, da parte de um juiz, da posição do direito no caso que estiver sendo julgado, mas estaremos adentrando o terreno da mistificação se acreditarmos que o objetivo de tal vontade é apenas um instrumento de progresso ou uma expressão da consciência social progressiva. Não devemos ficar cegos à realidade de dominação inerente ao direito. Os interesses de classe devem ser um poderoso componente do poder legal. As atividades externas do Estado são também claramente influenciadas por sua natureza de classe. Segundo a análise marxista, a burguesia nacional da Inglaterra, França e Alemanha, bem como a de outros Estados europeus, empreendeu uma expansão imperialista em busca de maiores lucros. Contra isso, os marxistas argumentavam que relações transnacionais de um tipo mais significativo podiam ser criadas pelo comércio, pelo movimento do capital e pelo crescente contato e solidariedade entre o proletariado de diversas nações. Marx entendia o capitalismo como um fenômeno global e, portanto, via como veículos de uma transformação possível tanto as relações transnacionais de classe quanto as tensões entre diferentes Estados[20].

MARX SOBRE A ORDEM JURÍDICA EMPÍRICA E A JUSTIÇA (SOCIAL)

De acordo com Marx, o caráter dos meios de produção indica claramente o nível alcançado por uma determinada fase da história[21]. O homem deve ascender lentamente à condição de homem autêntico por meio de seu trabalho produtivo. Por esse motivo, as diferentes fases da história também mostram diferentes fases de autenticidade, e essas fases, diz Marx, são determinadas pela situação do homem na realidade material dos meios de produção.

A natureza dos meios de produção também determina a natureza das *relações* de produção. O fato de uma sociedade usar um tipo particular de recursos produtivos tem como conseqüência o fato de que os indivíduos produtivos estabelecem relações mútuas de maneira específica. Nos lugares em que a lã é produzida na roda de fiar as pessoas não se relacionam do mesmo modo que o fazem nas tecelagens modernas. Em termos jurídicos, as relações de produção são chamadas de relações de propriedade.

Marx parece sugerir que as formas primitivas de vida social eram comunistas nas relações de meios de produção e mão-de-obra: "Propriedade (...) significa pertencer a uma tribo (comunidade)" (1858: 416); porém, numa fase subseqüente de desenvolvimento econômico, os meios de produção modernos tornam sem valor todas as formas primitivas de produção econômica. Esses meios de produção modernos serão – pelo menos de início – objeto de propriedade privada. Existe aí uma contradição inerente, uma vez que, como diz Marx, esses meios de produção são sociais por sua própria natureza. Como os meios primitivos perderam seu valor econômico, os que deles extraíam seu sustento dependem agora de alugar seu trabalho aos donos dos meios de produção modernos. Assim, a posse privada desses meios dá ao proprietário um poder absoluto sobre os que nada têm; ele se torna um explorador, e os desvalidos são suas vítimas.

A ordem jurídica, diz Marx, deve ser entendida com base nas relações de propriedade concretamente existentes. A expressão coerciva de um Estado constituído por tal condição – comandos, regras, injunções, decretos administrativos – não pode ser outra além da vontade da classe dominante elevada à condição de direito, mesmo que seu conteúdo consista em preservar as condições de funcionamento em vigência no sistema econômico. O conteúdo dessa vontade está implícito nas condições materiais de vida da classe dominante, que não pode deixar de interpretar o bem comum em termos da preservação da estrutura social que dela faz uma elite e lhe permite aperceber-se das exigências das leis da economia política.

O direito, porém, não é uma simples arma da classe dominante, nem um prodígio sem limites a ser usado e abusado à vontade pelas elites. Nasce de condições e estruturas sociais, e torna possíveis outras condições sociais e interações particula-

20. Neste contexto, vale observar que as organizações internacionais com que Marx e Engels tiveram experiência direta foram a Primeira Internacional e, para Engels, a Segunda Internacional, ambas as quais tentaram organizar os representantes da classe trabalhadora em muitos países.

21. As idéias das relações de produção e das forças produtivas eram conceitos centrais:

(i) *Relações de produção* – trata-se das especificações de trabalho em duplo sentido – servem como descrições daquilo que uma pessoa faz no desempenho de sua atividade, mas são também quase jurídicas, uma vez que indicam aquilo a que uma pessoa tem direito ou em que medida ela é capaz de participar dos aspectos de consumo e produção da estrutura econômica.

(ii) *Forças produtivas* – tecnologia mais recursos (humanos e materiais) necessários à produção. Marx emprega a expressão "meios de produção" para referir-se especificamente aos instrumentos e materiais que as pessoas utilizam a fim de produzir.

A diferença entre os custos de produção e o valor de mercado do que é produzido constitui o *valor excedente*. Esse é o elemento-chave da produção da exploração. Quem possui esse valor excedente depende de quem possui os meios de produção. No regime capitalista, quem possui os meios de produção e fica com os lucros é o dono da fábrica (o industrial etc.). O trabalhador vende sua mão-de-obra – isto é, sua força de trabalho – ao capitalista. Em troca, recebe um salário. Essa situação constitui as relações básicas de produção que caracterizam o capitalismo (ainda que não outros sistemas socioeconômicos).

res. Historicamente, quando a sociedade alcança um certo nível de desenvolvimento, surge a necessidade de estabelecer, no cotidiano, uma regulamentação comum para as ações recorrentes de produção, distribuição e troca, a fim de impedir que cada indivíduo lide a seu próprio modo com o sistema. É a essa regulamentação que se dá o nome de "direito". À medida que o desenvolvimento da sociedade se intensifica, o direito se torna mais ou menos elaborado, e lentamente o homem se esquece de que essas leis são uma expressão das condições de vida econômicas. O direito termina por parecer autônomo; como se pudéssemos ver sua origem exclusivamente na expressão da vontade do soberano. Na discussão filosófica, o discurso do direito denota idéias de universalidade e necessidade, mas a contraposição dessa universalidade à eficácia social demonstra que a idéia do direito é limitada na filosofia; por exemplo, a realidade social do funcionamento da proibição do roubo e as leis sobre a propriedade significam que se deve permitir que os proprietários – os exploradores dos que não têm propriedades – devem impor seus pontos de vista. Contudo, o discurso jurídico delimita o âmbito de suas preocupações e evita a consciência desse contraste; a ordem jurídica, então, começa a ter uma espécie de existência independente. Essa independência dá origem a juristas profissionais e, ao mesmo tempo, à ciência do direito que tende a se esquecer da realidade social do direito à medida que o assimila e visualiza em termos de sua própria auto-reflexão. Os juristas profissionais comparam os sistemas jurídicos de povos diferentes não como expressões de condições econômicas com efeitos bastante particulares, mas como sistemas independentes e auto-suficientes. Essa comparação mostra que existem certas semelhanças às quais os juristas chamam de "direito natural" ou "objeto de justiça", ou, com John Austin, de fenômeno de uma "teoria jurídica geral" em oposição à "teoria jurídica específica". Ainda que, pessoalmente, possam ser motivados por desejos de mudanças progressivas ou da obtenção de uma sociedade justa, uma vez que os juristas tenham chegado a esse ponto não podem fugir aos limites de uma ideologia; mesmo que o desenvolvimento do direito consista, para eles, no empenho em levar as relações entre os homens para mais perto da "justiça eterna", essa suposta "justiça eterna" não é, na verdade, nada mais que a expressão ideológica, "celestial", das relações econômicas. É em vão que eles criam teorias que se pretendem fundadas em "teses *a priori*" que transcendem suas condições contemporâneas; na verdade, trabalham com reflexos discursivos e ideológicos de condições econômicas. Portanto, é impossível encontrar uma verdadeira teoria do direito natural incorporada a um Estado "justo", uma vez que todos os padrões mentais dos juristas modernos estruturam-se em termos de propriedade, permuta e contrato. O jurista está, portanto, simplesmente reproduzindo as relações de troca que exprimem certos poderes à espreita por dentro e por trás das formas jurídicas da estrutura capitalista. Na verdade,

> (...) a justiça das transações entre os agentes de produção se baseia no fato de estas se manifestarem como conseqüências naturais das relações e produção. As formas jurídicas em que essas transações econômicas se manifestam como atos intencionais das partes envolvidas não podem, tendo em vista que se trata de meras formas, determinar esse conteúdo. Elas simplesmente o exprimem. Esse conteúdo será justo onde quer que corresponda (...) ao modo de produção, e injusto sempre que estiver em contradição com este modo (*Capital*, vol. 3: 339-40).

O Estado e seu poder mantêm o direito. Ainda que, da perspectiva de uma análise de classes, o Estado seja em grande parte o poder organizado da classe dominante – latifundiários e capitalistas – em atuação sobre a classe explorada – lavradores e operários –, enquanto forma organizacional é-lhe necessário criar uma ligação ilusória de auto-interesse entre dominadores e dominados. Contudo, qualquer teoria de harmonia orgânica, como o idealismo inclusivo de Hegel, é uma "identidade externa, forçada, capciosa" (Marx, *Critique os Hegel's Doctrine of the State* [Crítica da doutrina do Estado em Hegel], 1992: 60). Enquanto a sociedade for formada por classes, a política será uma relação de dominação, e a classe dominante usará de todos os meios para oprimir a classe explorada, tendo em vista a manutenção de seu domínio. O Estado vê a si próprio como representante de toda a sociedade, mas, quando submetido à análise de classe, representa com extrema clareza os interesses econômicos da classe dominante.

Classe e dominação estruturam a realidade subjacente da orientação do corpo social pelo Estado. O Estado institui um poder público, mas esse poder não é o poder armado do povo organizado, pois o povo é dividido em classes. O poder de Estado deve representar a si próprio como um poder público, ainda que não consiga tornar-se um verdadeiro instrumento do conjunto da sociedade. Ora, em comparação com os sistemas sociais anteriores, baseados na escravidão, a sociedade moderna parece ser progressista e conceder liberdade; na verdade, a exploração encontra-se simplesmente mais escondida. A escravidão era um fenômeno ao mesmo tempo pessoal e de Estado; os escravos pertenciam ao povo de um Estado, mas eram mantidos em submissão pelo poder público do Estado. Sob o capitalismo, a (in)justiça da escravidão torna-se evidente, mas a justiça será sempre justiça de classe. A justiça burguesa oculta seu efeito de classe; todavia, a despeito de toda sua mistificação ideológica, o Estado e o poder público são reflexos de interesses econômicos.

O LEGADO DE MARX NOS CONDENA A ANÁLISES PESSIMISTAS DA ORDEM JURÍDICA EM QUE ENTIDADES COMO OS DIREITOS SÃO MERAS EXPRESSÕES DE PODER?

Na sociedade liberal capitalista, os indivíduos possuem direitos que lhes são assegurados pela ordem jurídica. Esses direitos permitem que eles alcancem seus objetivos e ajustem o espaço social que os cerca a seus projetos pessoais. Como conseqüência, a própria idéia de espaço público torna-se problemática; significa apenas aquele espaço em que os indivíduos interagem e intervêm conforme lhes ditam seus interesses privados. Na verdade, o espaço público se transforma num espaço (não-)

público; é comercializado nas esferas de produção (fábricas, locais de trabalho), de troca (centros de negócios varejistas e de lazer) e de consumo (moradias, clubes). Além disso, esses direitos constituem, em essência, uma liberdade negativa – a liberdade da interferência dos outros –, e não uma liberdade de concretizar objetivos sociais. Conquanto o regime de direito pareça assegurar a todos o direito de dispor do que possuem a preços de mercado livremente contratados, essa liberdade de dispor de pessoa e propriedade tem pouco valor positivo para as massas que têm muito pouco, ou nada além de seus corpos emaciados. Portanto, o regime do princípio geral de direito e toda a conversa sobre direitos tornam obscura essa realidade social; por baixo, o que se tem é a fria realidade das posições e relações de classe.

> Se o poder for tomado como base do direito, como fazem Hobbes e outros, então o justo e o direito são apenas o sintoma, a expressão das outras relações nas quais se assenta o poder de Estado. A vida material dos indivíduos, que de modo algum depende meramente de sua "vontade", (...) é a verdadeira base do Estado, e assim permanece em todas as etapas em que a divisão do trabalho e a propriedade privada ainda são necessárias, muito independentemente da vontade dos indivíduos (Marx e Engels, *The German Ideology*, 1846: 106).

O que é liberdade no sentido de "liberal"? "Por liberdade se entende o comércio livre, a liberdade de vender e comprar" (C.M.: 486). A liberdade formal não consegue disfarçar a dominação social. A violenta expulsão dos camponeses do campo para as cidades criou a horrível liberdade do "trabalhador livre". Ele é, de fato, "livre da antiga relação de clientela, da condição de servo feudal ou de serviço, mas também é livre de todas as posses, de toda forma real e objetiva de existência, de toda propriedade" (Pré-capitalista 00: 111). Uma vez que é livre de todos os meios de sustento, o trabalhador é forçado a vender sua força de trabalho para poder sobreviver; o capitalista é livre para explorar a força de trabalho do operário ao extrair valor excedente. O chamado contrato livre de trabalho não consegue ocultar o fato de que "o capital obtém esse trabalho excedente sem um equivalente, e em essência nunca deixa de ser trabalho forçado – não importa o quanto pareça resultar de um acordo contratual livre" (*Capital*, vol. 3: 819). "Todo o sistema de produção capitalista se baseia no fato de que o trabalhador vende sua força de trabalho como uma mercadoria" (1867: 571).

O DIREITO COMO REGRA CONSTITUTIVA

O capitalismo moderno se baseia "no fato de que o trabalhador vende sua força de trabalho como uma mercadoria" (1867: 571); essa relação "não tem base natural, nem sua base histórica é comum a todos os períodos históricos" (*ibid.*: 169). Desse modo, enquanto o capitalismo tem por base formas específicas de relações de classe, requer o contrato e uma subjetividade em que a pessoa é vista como um indivíduo, e não como uma unidade do todo social. O direito constitui essa subjetividade e possibilita essa estrutura econômica. É a imaginação jurídica que estabelece as normas pré-contratuais em cuja esfera o contrato deve operar, e a estrutura toda da subjetividade individual.

O direito constitui o sujeito moderno, e o faz de duas maneiras: uma, destrutiva, e a outra construtiva.

1. *A maneira destrutiva.* A harmonia social pré-moderna e sua integração numa unidade social devem ser destruídas. Os historiadores burgueses descreveram tal fato como a história do indivíduo que se torna livre, bem como da progressiva superação das amarras e dos vínculos sociais que forçavam a pessoa à ignorância social[22]. Isso, porém, implica apartar o ser humano de suas ligações com a terra e as condições de harmonia primitiva; uma forma de alienação ocorre, e a força é central. No *Capital*, Marx descreve como o direito é a arma, o meio usado para dispersar os agrupamentos feudais, a expulsão dos ocupantes costumeiros para transformar a terra em pastagens, a espoliação das propriedades da Igreja, as leis de cercamento* e a desocupação de propriedades rurais. A violência jurídica está no cerne do nascimento histórico do capital. O capitalismo nasce "vertendo sangue e imundícies por todos os poros, da cabeça aos pés" (*ibid.*: 760); o acúmulo de capital ocorre por meio de "conquista, escravização, roubo, assassinato; numa palavra, pela força" (*ibid.*: 714); e tudo isso é conquistado e legitimado através da promulgação de leis. Como resultado, cria-se um novo ser humano; uma nova formação que consiste "daquelas aptidões físicas e mentais existentes num ser humano, e que ele exerce sempre que produz um valor de uso" (*ibid.*: 167).

   Na Inglaterra, o direito era "o instrumento do roubo das terras do povo"; "a legislação sanguinária contra os expropriados" havia penalizado o nomadismo, forçando os despossuídos a lançar-se "no estreito caminho do mercado de trabalho" (*ibid.*: 724, cap. 28). As leis aumentavam as horas do dia de trabalho, regulamentavam as condições do trabalho e determinavam os salários apropriados, estruturavam a mobilidade da mão-de-obra e criminalizavam as associações de trabalhadores. No cenário mundial, o poder de Estado pretendia civilizar o mundo não-moderno. A administração colonial, juntamente com as estruturas do direito, a regulamentação contratual e a liberdade de operações, permitiam que a matéria-prima fosse levada para a Europa por meio de "pilhagem explícita, escravização e assassinato"[23]. O poder de Estado era empregado para transfor-

22. Marx concordava com a avaliação de falta de liberdade nas relações sociais pré-modernas. Num artigo para o *New York Daily Tribune*, em 1853, ele demonstra uma profunda aversão às condições do governo inglês, bem como às condições da vida dos povoados indianos. Para Marx, "por mais repugnante que deve ser à sensibilidade humana", a exploração dos ingleses continha elementos de progresso social.

* No original, *enclosure* (ato de cercar terras comuns para uso individual). (N. do T.)

23. "O róseo alvorecer da produção capitalista [envolveu] a descoberta de ouro e prata na América, a destruição, escravização e soterramento da população aborígine em minas, o começo da conquista e da pilhagem das Índias Ocidentais e a transformação da África num celeiro para a caça aos negros."

mar o modo de produção feudal no modo de produção capitalista. O chamado direito internacional resulta de tratados impostos pelos poderosos; o resultado é o capitalismo internacional.

O direito conduziu os seres humanos ao mercado e então estipulou as condições para que ali operassem; destruiu o antigo espaço social e a antiga organização humana, mas ao fazê-lo criou ferramentas para a criação de um novo espaço e uma nova organização.

2. *A maneira construtiva*. A decomposição das estruturas sociais tradicionais criou o "indivíduo isolado"; ao mesmo tempo trabalhador e consumidor. As unidades humanas do capitalismo são "homens novos (...), invenções dos tempos modernos tanto quanto as próprias máquinas" (1856: 656). O indivíduo solitário é visualizado através das lentes da filosofia burguesa e imortalizado nos direitos do homem. O ser humano é uma "pessoa jurídica". Esta é uma transformação necessária para que o próprio "ato de troca" possa ocorrer; a troca requer "sujeitos como seus agentes". Para Marx, os atributos da pessoa jurídica são exatamente aqueles do indivíduo engajado na relação de troca. A subjetividade da unidade básica exigida pelo capitalismo é criada pelas leis que tanto refletem as relações capitalistas quanto as tornam possíveis.

Não precisamos ser marxistas para apreciar a força da análise sociológica que Marx faz do desenvolvimento da subjetividade moderna. Nossa narrativa vem argumentando que a subjetividade moderna é, em grande parte, uma subjetividade jurídica. Enquanto a subjetividade do grego clássico é sua relação natural com o contexto da pólis, e a do medieval é sua relação com Deus e o cosmo criado, a subjetividade do homem moderno é a relação do eu com o eu e os eus dos outros, relação mediada pelo direito. Podemos chamar o homem moderno de uma criação especificamente privilegiada ("privilégio" vem do latim *privilegium*, formado de *privus, a, um* ("considerado isoladamente", "singular") e *lex, legis* ("lei"), significando, portanto, "direito privado"). A legalidade, o princípio geral de direito, a criação de um espaço social demarcado de direitos e deveres, a criação de regimes reguladores que tornam possível a existência da burocracia, resultam, por sua vez, na criação de um espaço epistemológico dentro do qual a ontologia da modernidade adquire substância.

A BUSCA MARXISTA DE JUSTIÇA É UMA LUTA CONTRA A DESUMANIDADE E A EXPLORAÇÃO

Segundo a interpretação marxista, o sofrimento humano na sociedade capitalista corporifica-se na existência desumanizada do proletariado; uma existência possibilitada pela relação entre o direito de propriedade e o direito de contrato, corroborada pela filosofia jurídica do liberalismo e obscurecida pela igualdade ilusória que o sistema jurídico apregoa. O direito e a filosofia jurídica burgueses juntam-se à economia política para negociar conceitos abstraídos da realidade social; o resultado é a reificação. O indivíduo livre e soberano do capitalismo é uma criação ideal; na sociedade, as pessoas diferem quanto à posição de classe e à quantidade de capital que possuem. Os direitos jurídicos, que parecem tão perfeitos na filosofia e são apregoados como prova de emancipação, são em grande parte quiméricos, uma vez que se trata de direitos jurídico-formais, e não sociais. Direitos sociais verdadeiros diriam respeito à "produção de vida". O indivíduo abstrato que reivindica direitos políticos e jurídicos é uma representação, um sujeito cuja existência é ideal, portanto ilusória, mas que ainda assim constitui o sujeito "ideal" de todos os discursos políticos, jurídicos e éticos da burguesia. Além disso, a manifestação empírica desses sujeitos, isto é, as pessoas realmente vivas do capitalismo, são cegas pelas satisfações ilusórias da ordem burguesa. Como pode Marx acabar com essa ilusão? Somente por meio de uma fé "positivista" no papel emancipador do "verdadeiro" conhecimento. Os conhecimentos possibilitados pelo desenvolvimento das ciências "pesadas" da humanidade, e não as idéias românticas, vão tornar o destino da humanidade visível. Já de início, por exemplo, em sua crítica de Feuerbach, Marx expressou sua convicção de que o amor não é importante. Censurou Feuerbach por este abolir a religião, por um lado, e por outro introduzir uma nova religião: a do amor do homem por seu semelhante. Marx argumenta que, se Feuerbach tivesse se mostrado sensível à importância da práxis, teria percebido que não é o amor, mas o *trabalho*, com suas estruturas sociológicas, que unifica os homens e os mantém unidos. Feuerbach, porém, substituiu essa unidade pela unidade da espécie humana, "a universalidade interna e silenciosa que une os indivíduos de modo natural". Essa unidade é uma "abstração". A verdadeira unidade entre os homens se dá através da vida social e da participação no trabalho; a continuidade da história é assegurada pela continuidade dos meios de produção, e não por todos os tipos de "absurdos" políticos e religiosos.

Marx reivindica a força de uma ciência positivista pura para suas idéias, mas isso não se sustenta; em última análise, o que ele oferece é uma interpretação crítica da condição humana. Como em nossa discussão do positivismo no capítulo anterior, Marx precisa de um critério de justiça que motive sua teoria. Em que bases, porém, pode ele chamar a ordem jurídica capitalista de injusta e a ordem comunista de justa? Se uma ordem jurídica não é nada além da imagem especular de condições e relações concretas, ninguém pode jamais afirmar que qualquer *ordem*, seja ela qual for, é justa ou injusta. Na *realidade*, Marx só chama a ordem liberal-capitalista de injusta porque a vê como uma violação da subjetividade humana ideal de seu semelhante.

QUAL A RELEVÂNCIA DO LEGADO DE MARX DEPOIS DO COLAPSO DO MARXISMO?

Este texto está sendo escrito em meados da década de 1990. O comunismo desmoronou na Europa depois da queda do Muro de Berlim. Os anos de 1989 e 1990 tes-

temunharam uma revolução contra o comunismo, e o período histórico iniciado em 1917 chegou ao fim. A combinação de marxismo-leninismo[24] é um projeto político fracassado que tem sua história reescrita como um horrível malogro – como um projeto desumano que, além do mais, cobrou um terrível preço do meio ambiente. Tornou-se um eufemismo clássico dizer que "as coisas não funcionaram do modo como Marx previu!". Não apenas a revolução comunista ocorreu nos países menos apropriados, de acordo com a análise marxista da história, para vivenciar tais revoluções (uma vez que eram muito subdesenvolvidos – isto é, o capitalismo ainda não se impusera e as divisões de classe ainda não haviam chegado a um ponto de tensão incontrolável), como também o capitalismo mudou e fortaleceu-se em países nos quais Marx havia previsto uma revolução. Este texto não tem por objetivo fazer a narrativa histórica das lutas do século XX; contudo, basta dizer que, na era do capitalismo liberal de *laissez-faire*, era quase impossível apresentar uma defesa teórica contra a identificação marxista da ordem jurídica e da injustiça, nem argumentar contra a definição de justiça social progressista como a disposição de derrubar essa ordem jurídica e esse Estado em nome da criação de uma ordem social mais humana. É possível que a força da crítica socialista tenha ajudado os países do Ocidente a introduzir revisões fundamentais em sua ordem jurídica. O *Manifesto comunista* de Marx enumerava dez itens de um programa de reforma social a ser colocado em prática imediatamente após a revolução. Contudo, tiveram um grande efeito no Ocidente sem a revolução desejada por Marx. Enquanto Lenin podia caracterizar essas reformas como subornos da classe trabalhadora de países capitalistas contra os quais se precisava lutar em nível internacional[25], com o tempo quase não mais havia como ocultar

24. Convém chamar a filosofia que sustentou a extinta URSS de "marxismo-leninismo" devido à grande influência de Vladimir Ilitch Ulianov, dito Lenin (1870-1924). Lenin deu ao marxismo sua práxis política através de sua defesa do papel fundamental a ser desempenhado pelo Partido Comunista como vanguarda do proletariado em sua luta contra as forças do capitalismo. Seus primeiros escritos concentravam-se na necessidade de desenvolver um partido bem-sucedido (enfatizando o *partiinost*, ou "espírito de partido"). Neles, expunha as idéias de materialismo dialético, a concepção materialista da história e a necessidade de combinar atividade revolucionária com conhecimento teórico. Lenin se opunha ao fatalismo que a imagem determinista da história dava a muitos teóricos marxistas e argumentava ser necessário aproveitar o momento histórico através da organização revolucionária deliberada. Ele também desenvolveu a idéia da dialética, transformando-a na característica interna da substância de todos os fenômenos. O princípio de oposição não era meramente um choque de forças ou entidades antagônicas no mundo, mas sim um traço intrínseco à composição de todas as entidades. Toda entidade é composta de oposições de forças contrárias.

25. Em *Imperialismo: etapa superior do capitalismo* (Petrogrado, [1916] 1966), Lenin argumenta que o capitalismo havia chegado a uma etapa de seu desenvolvimento em que o predomínio dos monopólios e do capital financeiro se estabelecera e em que a exportação de capital adquirira grande importância; em que a divisão de todos os territórios do globo entre as maiores potências capitalistas já se consumara (Lenin 1966: 82-3). Lenin pensava que os lucros obtidos pelos imperialistas seriam usados como subornos para segmentos da classe trabalhadora européia – os "oportunistas". Contudo, o estrago seria feito: o desdobramento do capitalismo para o resto do mundo, a fim de prolongar sua existência, criaria vínculos entre os povos oprimidos das áreas exploradas e o proletariado dos países desenvolvidos. Devido ao desenvolvimento desigual do capitalismo, o triunfo do socialismo não seria simultâneo, porém gradual.

o fato de que, enquanto a experiência soviética sob Lenin e Stalin[26] se tornava cada vez mais um pálido arremedo das esperanças de Marx, países ocidentais passavam por um processo de humanização. Os textos marxista-leninistas desenvolveram argumentos destinados a sustentar a legitimidade do Estado soviético diante das previsões de Marx sobre o declínio do Estado[27], porém expurgos e sistemas administrativos profundamente desumanos foram necessários para a modernização da sociedade. Uma justificação teórica que os escritores marxistas que defendiam a ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) adotaram consistia em levar a questão da exploração capitalista para o nível internacional e enfatizar a necessidade de que a URSS fizesse frente ao imperialismo capitalista[28]. Um dos resultados foi que o Estado adquiriu um significado que diferia radicalmente daquele que existia na época de Marx. Isso significa que ler Marx não faz mais sentido? Absolutamente não. Marx é tanto um comentarista essencial da modernidade quanto responsável pela criação de um imenso *corpus* de pensamento social que abarca muitas das esperanças e dos temores da humanidade moderna. Além de propiciar o entendimento de seus es-

26. Na condição de líder do Partido Comunista Soviético (e, na verdade, da União Soviética) de 1924 a 1953, Stalin deu pouca contribuição pessoal ao pensamento marxista. Enquanto líder soviético, porém, teve de responder pelo fracasso do resto do mundo em seguir o exemplo russo da adoção do comunismo. Diante do "cerco capitalista", ele adotou uma política desumana de "socialismo em um país" (a criação de um Estado socialista na União Soviética) e modernização. Os detalhes não são uma leitura agradável.

27. Em *Estado e Revolução* (Petrogrado, 1918), Lenin desenvolveu a idéia marxista do Estado como instrumento de domínio de classe e argumentou que os instrumentos de tal domínio não estavam em declínio em parte alguma. A ditadura do proletariado que existiu na URSS a partir de 1917 viu-se ameaçada pela burguesia interna e pelo imperialismo externo. Lenin enfatizou a necessidade de destruir a máquina de Estado burguesa e fez uma distinção entre um estágio inferior do comunismo, em que a recompensa é proporcional ao trabalho e o Estado ainda se faz necessário, e uma fase superior em que a recompensa é proporcional à necessidade e o Estado vai entrar em declínio. O Estado soviético era visto por Lenin como um Estado da classe proletária que se empenhava em reprimir a burguesia russa e expulsar os invasores externos, bem como em assumir as funções administrativas e de proselitismo. Os bolcheviques também tinham o dever de estimular a revolução socialista em outros países além da Rússia – era essa a tarefa da Internacional Comunista estabelecida em 1919, quando Lenin considerava a revolução mundial iminente. Nos dois anos seguintes, quando o fervor na Europa diminuiu ou foi neutralizado, Lenin escreveu sobre a demora da revolução fora da Rússia e voltou seu pensamento para a questão das relações com os Estados capitalistas: "Entramos numa nova fase na qual, fundamentalmente, conquistamos o direito a nossa existência internacional na rede dos Estados capitalistas" (Lenin 1970: 264).

28. Em seus textos sobre o imperialismo, Lenin, a exemplo de Engels e Marx, enfatizava o caráter de exploração de classes do imperialismo, e não qualquer política formal de colonização dos Estados europeus. A exploração não estava ligada a uma fórmula simples que pudesse concretizar o diversificado potencial de teorização por parte dos neomarxistas que mais tarde se debruçassem sobre as relações entre os países industrializados e em desenvolvimento e as instituições envolvidas. Lenin enfatizava o potencial para a solidariedade entre os oprimidos pela dominação capitalista mundial. A ênfase incidia sobre as relações transnacionais nos assuntos internacionais – relações entre o proletariado de todos os países. Quanto à teoria jurídica, os escritores soviéticos se viram, em grande parte, forçados a não ultrapassar as diretrizes impostas pelo Partido Comunista da União Soviética. Sem dúvida, houve algumas divergências. Depois da morte de Lenin, os analistas soviéticos enfatizaram o isolamento da União Soviética no contexto de um mundo dominado pelo capitalismo.

critos, o exame do que aconteceu com a aplicação de suas idéias oferece um soberbo estudo de caso sobre o destino da abordagem científica quando esta se propõe a explicar a humanidade e as condições históricas humanas.

Ficou claro que, em termos gerais, o Ocidente capitalista permitiu que uma série de liberdades econômicas, sociais e políticas ocorresse de modo mais eficaz e abrangente do que nos países nos quais o marxismo teve a oportunidade de fazê-lo. Os Estados comunistas foram sobrecarregados por uma burocracia e uma regulamentação sufocantes; a bandeira da igualdade significava padronização em vez de igual dignidade; desfrutar da liberdade significava tornar-se membro do partido. Enquanto o trabalho era um direito social, suas recompensas eram limitadas. O Ocidente simplesmente teve um desempenho superior ao dos países socialista-comunistas, e o gigantesco gasto armamentista exigido pela guerra fria deixou, por fim, de ser economicamente viável para a extinta URSS. Contudo, se a remuneração do trabalho era superior no Ocidente, como o pós-industrialismo mostrou, uma tensão básica relativamente ao trabalho tornou-se cada vez mais evidente. Para o esquema marxista, o trabalho é central: o homem simplesmente desapareceria se não trabalhasse, mas o que acontece num mundo pós-industrial em que simplesmente não há trabalho para todos? Será inevitável uma nova forma de alienação e exploração? Que conceitos e instrumentos de análise intelectual se fazem necessários sob as novas condições?

Muitos dos *insights* de Marx que tiveram impacto para além de seus seguidores políticos imediatos foram absorvidos pelas conversações críticas que energizaram o pensamento social-democrático e liberal. Dentre estas podemos incluir uma imagem excepcionalmente poderosa da energia global e da expansibilidade inexorável do capitalismo, um enfoque inesquecível das relações de autoridade na indústria moderna e uma dramatização do antagonismo estrutural gerado por seus processos de produção. A força de imaginação com que Marx iluminou a atordoante volatilidade da vida econômica e social moderna forneceu algumas das premissas básicas do modernismo, tanto para a literatura e as artes quanto para a política. No nível mais geral, a obra de Marx passou a fazer parte de nossa linguagem, transformando nossos questionamentos do mundo. Contudo, a organização das idéias de Marx naquilo que se passou a chamar de "marxismo" foi uma questão bem diversa. Marx foi muito mais bem-sucedido em evocar a força latente do capitalismo do que em demonstrar, de qualquer modo conclusivo, por que este tinha de ter um fim. Sua crença numa sociedade futura com base numa idéia de liberdade superior equivaleu a um desejo de transcender os aspectos desumanizadores da modernidade, mas sua ciência de predições era um falso historicismo.

A ORDEM PÓS-CAPITALISTA?

Alguns comentaristas atuais (como Peter Drucker, 1993) se perguntam o que Marx escreveria hoje, e sua resposta não é *Sobre o capital*, mas *Sobre o conhecimento*.

Para Drucker, vivemos numa *sociedade pós-capitalista* em que o recurso econômico básico – os "meios de produção" – não é mais o capital, nem os recursos naturais ou o trabalho; é, e continuará sendo, o conhecimento. Junto com o desenvolvimento da sociedade de informação ou conhecimento vem *The End of Work* [O fim do trabalho] (Rifkin, 1995). Uma sociedade pós-capitalista pode ser uma sociedade em que a pessoa muito bem informada reine, suprema, sobre uma nova era de recursos que poupam trabalho e deixe, portanto, de ser explorada; ou pode tornar-se um inferno no qual a grande maioria da população – os que antes eram chamados de "trabalhadores" – não seja mais necessária. O que acontece com o "trabalhador" na pós-modernidade? As mudanças de classe social parecem dramáticas nas últimas décadas. O "proletário" de Marx, alienado e explorado, tornou-se membro da "classe trabalhadora afluente", ou foi inserido na nova classe média (em decorrência da revolução de produtividade do século XX, junto com a estrutura jurídica do Estado assistencial), ou se tornou excedente, criando uma nova subclasse. Todavia, até mesmo a classe média passou por novos problemas com o desenvolvimento das revoluções na administração e na informação de fins da década de 1960 (quando o número de operários de produção (*blue-collar workers*) começou a decair em número e *status*, prevendo-se, inclusive, que logo após o ano 2000 não haverá mais países desenvolvidos em que os trabalhadores tradicionais, aqueles que produzem e promovem a venda de bens, respondam por mais que uma pequena proporção da força de trabalho). A globalização e a rapidez das mudanças tecnológicas ameaçam transformar rapidamente as oportunidades de vida de vastos segmentos da população mundial.

Se assim for, estamos de fato numa situação radicalmente diversa daquela que caracterizou boa parte da modernidade. De que modo serão mantidas a ordem e a vida social humanas? Além do mais, em escala mundial o abismo entre os ricos e os pobres do mundo nunca foi tão grande; formas desumanas de exploração do trabalho, endividamento e intimidação estão ainda por combater[29]. Novos conflitos eclodem, antigos conflitos permanecem. A necessidade da teoria e da análise críticas subsiste, o sujeito de análise é cada vez mais a dialética entre um meio ambiente global e uma situação local.

29. Um exemplo é o acidente ocorrido em Bopal no começo da década de 1980, quando uma grande multinacional ignorou claramente os requisitos de segurança em sua busca egoísta de lucros, resultando no envenenamento de milhares de trabalhadores (Pearce e Tombs, 1989, "Realism and Corporate Crime", em *Issues in Realist Criminology*).

Capítulo 11

Weber, Nietzsche e o Holocausto:

rumo ao desencanto com a modernidade

I. MAX WEBER (1864-1920): A DOMINAÇÃO JURÍDICA E A DIALÉTICA RACIONALIZAÇÃO–DESENCANTO

Como as instituições políticas que historicamente o precederam, o Estado é uma relação de homens que dominam homens. Uma relação sustentada por meio da violência legítima (considerada como legítima). Se o Estado deve existir, os dominados devem obedecer à afirmação de autoridade dos poderes constituídos (Weber, 1984: 33).

Para o homem civilizado, a morte não tem significado algum. Não o tem porque a vida individual do homem civilizado, situado num "progresso" infinito segundo seu próprio significado imanente, não deveria nunca chegar ao fim; pois há sempre mais um passo a ser dado por aquele que está em meio ao avanço do progresso. E nenhum homem que morre se encontra no ponto culminante que se situa no infinito. Abraão, ou algum camponês do passado, morreu "velho e satisfeito com a vida" porque permaneceu no ciclo vital orgânico; porque sua vida, em termos de seu significado e no findar de seus dias, havia lhe dado o que a vida tem a oferecer, pois para ele não restava nenhum enigma que ele pudesse querer resolver; e, desse modo, ele pôde ter o suficiente da vida. Por outro lado, o homem civilizado, colocado no meio do contínuo enriquecimento da cultura através das idéias, do conhecimento e dos problemas, pode tornar-se "cansado da vida", mas não "saciado de vida". Ele só apreende a parte mais ínfima daquilo que a vida do espírito está sempre a recriar, e aquilo que apreende é sempre alguma coisa provisória, não conclusiva; desse modo, a morte é para ele um acontecimento sem sentido. E, uma vez que a morte não tem sentido, a vida civilizada enquanto tal tampouco o tem; através de sua própria "progressividade", ela confere à morte a marca de sua falta de sentido (Weber, 1970: 139-40).

A RACIONALIZAÇÃO DO MUNDO

Dentre os criadores da sociologia moderna – Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber[1] –, a influência deste último é a menos enfatizada, apesar de muito difundida.

1. O teórico social alemão Max Weber testemunhou a unificação da Alemanha sob o governo de Bismarck e a emergência do moderno Estado alemão, criado, ao menos em parte, com base na hegemonia prussiana. Em sua maturidade, presenciou o fantástico desenvolvimento da industrialização na Alemanha,

Em sua análise crítica do capitalismo, Marx olhava para o futuro da emancipação do homem: "a livre associação de seres humanos livres". Weber, ao contrário, parecia não ver saída para as profundas contradições da vida moderna. Seus textos apresentam a modernidade como uma época social de imensa complexidade que produz vastos avanços de poder, mas na qual também se torna cada vez mais difícil viver como um ser humano pleno. Talvez possamos ver, em Weber, o precursor da autodúvida que veio a caracterizar a era pós-moderna. Sem dúvida, ao analisar a modernidade Max Weber já falava a língua da pós-modernidade. O que impregna sua obra não é apenas sua batalha implícita contra o niilismo, nem seu uso dos conceitos *le transitoire*, *le fugitif* e *le contingent*, mas também a consciência de uma perda irreparável.

Weber teorizou como um pensador moderno; escreveu em fins do século XIX, quando já era tempo de inventariar e analisar os processos e as estruturas que haviam transformado as sociedades do passado e constituído a situação atual da humanidade, bem como de perguntar em que tipo de situação se encontrava o novo sujeito da história – o homem civilizado moderno. A racionalidade foi a chave encontrada por Weber. Na narrativa do Iluminismo, a modernidade travava uma guerra com a tradição e o costume em favor da razão, do progresso e da liberdade. Sua criação – o homem civilizado, racional – receberia as chaves do conhecimento e, em decorrência do fato de conhecer a estrutura das coisas, ver-se-ia livre do domínio da ideologia e da falsidade da traição e do costume[2]; Weber, porém, se deu conta de outra tendência. O homem racional estaria comprometido com a tarefa de visualizar a estrutura do cosmo, mas, como preço a pagar pelo uso da razão, estaria condenado a desempenhar apenas a tarefa racional e obedecer ao resultado de cálculos formais. Em conseqüência disso, a mágica da vida desaparece no irracional. Por conhecer a força da estrutura social, o homem não mais lutaria contra o insuperável; em vez disso, render-se-ia ao destino que a razão lhe traçou.

Qual era a essência da modernidade? Contra Marx, Weber argumentava que uma crescente racionalização do mundo social, e não o capitalismo *per se*, constituía a força motriz da modernidade. O capitalismo é apenas um teatro, entre outros, nos quais o racionalismo sai vencedor; a racionalização, porém, era imanente às idéias de administração emergentes que, simultaneamente, desafiavam a ideologia do *estado de direito* e com ela conviviam, ao mesmo tempo que estabeleciam as condições sob as quais se exercia o poder discricionário no governo dos homens.

> Todo esse processo de racionalização, na fábrica e em outros lugares, e em especial na máquina burocrática do Estado, corresponde à centralização dos implementos materiais de organização no poder discricionário do suserano (1968: 39).

a tentativa fracassada de criar um império alemão e a culminação da grande rivalidade de poder na catástrofe da Primeira Guerra Mundial.

2. Desta vez, a especificação de gênero é deliberada – a modernidade foi, em grande parte, uma ordem imaginada e concebida por homens para homens... e mulheres, em seus devidos papéis.

Tampouco a política estava isenta. A racionalização impregnou a política, gerando um modo de constituição e desenvolvimento do Estado moderno e criando um estilo de governabilidade no qual a razão, e não o poder discricionário arbitrário, era tido como motor da tomada de decisões.

A racionalização tornava-se onipresente; enquanto ela se liga ao desenvolvimento do capitalismo, não é uma subdivisão deste[3]. A racionalização dava poderes à tecnologia e enfraquecia o espírito humano, dissociando a humanidade dos fluxos e ritmos naturais da vida pré-moderna. O processo foi insinuado por Hegel e Marx em seu medo da alienação como conseqüência da modernização. Apartado da existência estável nas rotinas da vida pré-industrial, o indivíduo moderno corria o risco de dissociar-se dos mistérios da vida, reconstituído em forma de uma máquina racional. Se o racionalismo obtivesse êxito, nenhuma crença num outro domínio seria capaz de manter nosso embate com as estruturas desta vida; estas precisariam tornar-se independentes – capazes de criar suas próprias estruturas de significado internas – ou pareceriam carentes de sentido.

OS ELEMENTOS DA RACIONALIZAÇÃO

A racionalização dominaria por meio de três procedimentos:

(i) o *controle do mundo através do cálculo* e a coleta e o registro de informações (através do incremento da atitude tecnológica, o mundo se transforma num local de problemas a ser resolvidos com a tecnologia apropriada)[4];

(ii) *a sistematização do significado e do valor* em forma de um esquema geral e coerente;

(iii) a existência cotidiana metodológica, de acordo com *regras*. Racionalidade significa seguir uma regra ou um princípio moral abstrato, em vez de agir segundo os impulsos, o acaso ou a emotividade. Racionalidade significa a criação de um padrão de coerência lógica que ligue nossos pensamentos e emoções, e que seja seguido até o fim. Significa compromisso com a coerência ao ligar nossos pensamentos e ações, nossos objetivos e atividades afins; implica a criação de um ordenamento eficiente que leve dos meios aos fins.

Como conseqüência, deparamos com uma inevitável sistematização da crença, a eliminação das incoerências lógicas, a desmobilização do mágico e do místico e um movimento que se afasta dos padrões de pensamento particulares ou locais, em

3. O Estado moderno nasce "da expropriação dos portadores autônomos e privados de poder executivo (...) que, por direito próprio, possuem os meios de administração, operações militares e organização financeira. (...) O processo é extremamente semelhante ao desenvolvimento do capitalismo através da expropriação gradual dos produtores independentes" (1968: 29).

4. "A administração do escritório moderno baseia-se em documentos escritos (os 'arquivos') que são preservados [lidos e anotados por] um corpo de funcionários subalternos e todos os tipos de escrivães" (1970: 197).

busca de formas mais abstratas ou universais. Isso implicava a redução de todas as instâncias individuais de experiência e pensamento, qualquer que fosse sua diversidade, à condição de classes gerais. Além disso, a racionalização exigia que eliminássemos de nosso modo de agir e pensar as formas que não pudessem ser justificadas com base em suas conseqüências previstas, elas próprias racionalmente justificadas por fins mais universalmente definidos e tornadas previsíveis por meio de leis empíricas genericamente válidas. A racionalização significava a sistematização da crença e da ação, mas também implicava a destruição e o sufocamento de parte substancial da riqueza da vida humana. Nossas vidas dividem-se radicalmente nas esferas pública e privada: "A repartição pública (*bureau*) é, em princípio, separada do domicílio privado do funcionário, e, em geral, a burocracia segrega a atividade oficial como alguma coisa distinta da esfera da vida privada." O pessoal não se confunde com o oficial: "O dinheiro e o aparelhamento públicos são distintos da propriedade privada do funcionário", e "o escritório do executivo é separado do lar, a correspondência comercial distinta da pessoal, e os patrimônios comerciais não se confundem com as fortunas privadas" (1970: 197). Essa separação é uma característica básica sem a qual, ao lado do desenvolvimento da escrituração contábil[5], o capitalismo moderno não teria sido possível[6].

Nessa "completa despersonalização do controle administrativo pela burocracia", é como se o compromisso com a metodologia pura adquirisse existência independente, a despeito de qualquer visão específica de mundo – Weber chama de "racionalidade formal" esse compromisso com a calculabilidade e a administração técnica. A racionalidade calculadora enfatiza a racionalidade do próprio pensamento e negligencia a natureza da conduta ou da moralidade dos fins a ser alcançados – importa apenas que se aja de acordo com o devido "encadeamento lógico do raciocínio". Ao contrário disso, o pré-moderno fundamentava-se em modos de vida e visões de mundo que não lhe permitiam alcançar o grau de distância independente necessário à instauração da racionalidade formal. O indivíduo tribal que acreditava em deuses e demônios e seguia costumes e tradições pode ter sido coerente em suas idéias, ações e crenças. Subjetivamente posicionado no padrão e nas estruturas de suas crenças, ele se comporta de modo racional e coerente; Weber chama essa racionalidade de substantiva. Sob a racionalidade substantiva há certas posições ideológicas, coisas e valores que são simplesmente aceitos como verdadeiros e se harmonizam com uma imagem do cosmo (mundo) assim concebido. Os "modernos", porém, em

5. Weber atribui isso ao sistema de fazer balanços patrimoniais, inventado pelo holandês Simon Stevin em 1698 (Weber, 1966: 207).

6. O capitalismo é uma forma de racionalização: não apenas provê um sistema social integral, mas também um sistema em que as regras calculáveis são do conhecimento de todos. "A economia capitalista de nossos dias é um imenso cosmo no qual nasce o indivíduo. (...) [O capitalismo] força o indivíduo, na medida em que este se deixa envolver pelo sistema de relações de mercado, a submeter-se às regras de ação capitalistas. O fabricante que, a longo prazo, contrariar essas normas, será inevitavelmente eliminado do cenário econômico, assim como o trabalhador que não puder ou quiser adaptar-se a elas será posto na rua, sem emprego" (1974: 54-5).

resultado de processos críticos céticos conduzidos por Hume e Kant, entre outros, argumentam que tudo tem de se submeter ao crivo da razão cética, e se alguma coisa não sobreviver ao teste de racionalidade, rejeitamos tais crenças e nos comprometemos com a metodologia da razão em si. A racionalidade passa a ser algo que domina a vida; precisamos calcular, analisar, reduzir.

ESTADO-NAÇÃO, LEGALIDADE E ASCENSÃO DO CAPITALISMO

A emergência da racionalidade moderna está estreitamente ligada ao desenvolvimento do capitalismo enquanto modo de vida econômica e social, bem como ao desenvolvimento do Estado-nação. "É o Estado nacional fechado que deu ao capitalismo sua oportunidade de desenvolvimento (...) enquanto o Estado nacional não dá lugar a um império mundial que o capitalismo irá também tolerar" (Weber, 1966: 249). Em sua famosa conferência *A política como vocação* – em que Weber exige que olhemos para o mundo em termos rigorosamente realistas e assumamos a responsabilidade por todos os efeitos de nossos atos –, ele coloca a pergunta: "Mas o que é uma associação política de um ponto de vista sociológico?" Sua resposta:

> Em última análise, só podemos definir sociologicamente o Estado moderno em termos dos meios específicos que lhe são peculiares, bem como a toda associação política, isto é, o uso da força física. Todo Estado se baseia na força, afirmou Trotski. E ele estava certo. Se não existisse nenhuma instituição social que conhecesse o uso da violência, o conceito de Estado seria eliminado e se instauraria uma condição que poderíamos descrever como anarquia no sentido específico do termo. Sem dúvida, a força não é o instrumento normal do Estado, nem o único – ninguém diz isso –, mas é um instrumento específico do Estado. Hoje, a relação entre Estado e violência é especialmente íntima. No passado, as mais diferentes instituições conheceram o uso da força física como algo bastante normal. Hoje, porém, temos de dizer que um Estado é uma comunidade humana que reivindica (com êxito) o monopólio do uso legítimo da força física dentro de determinado território. Observe-se que "território" é uma das características do Estado. Especificamente, no presente, o direito de usar a força física só é atribuído a outras instituições ou indivíduos na medida em que o Estado assim o permita. O Estado é tido como a única fonte do "direito" de recorrer à violência. Conseqüentemente, "política" significa, para nós, a luta por compartilhar poder ou influenciar na distribuição de poder, seja entre Estados ou entre grupos dentro de um Estado (1984: 32-3).

O Estado moderno se baseia numa forma específica de dominação, mas quando e por que os homens obedecem, e em que justificativas internas e meios externos se fundamenta tal dominação?[7]

7. A "justificação interna" do Estado moderno é "a crença na validade do estatuto jurídico e da competência funcional com base em regras racionalmente criadas" (Weber, 1970: 78-9). Todavia, o Estado moderno ainda é "uma associação compulsória que organiza a dominação" (Weber, 1970: 82).

FORMAS DE DOMINAÇÃO LEGÍTIMA

Para Weber, a coerção é fundamental ao poder de Estado, mas não há garantia de que o poder seja estável ou efetivo quando se basear exclusivamente na coerção. Weber criou o conceito de *Herrschaft*, às vezes traduzido como "controle imperativo", mas para o qual "dominação" talvez seja a tradução ideal, e para ele a idéia particular de *Herrschaft legítima* implica a legitimidade de comando ou de autoridade. Para manter a autoridade política, o poder baseado exclusivamente na força física é tanto instável quanto ineficaz. É importante obter a dominação *legítima*, "isto é, a probabilidade de que um comando com determinado conteúdo específico seja obedecido por determinado grupo de pessoas". Weber enfatiza o fato de que a mera submissão a um comando pode dever-se (i) ao hábito[8]; ou (ii) à crença na legitimidade do comando; ou (iii) a considerações de conveniência. No Estado moderno, os comandos da elite política se baseiam não apenas na disposição dos sujeitos em submeter-se a eles, mas no reforço, por um corpo de assistentes, que assegure a conformidade com os comandos e em relação aos quais esse próprio corpo possa agir com base (i) no hábito, (ii) na legitimidade ou (iii) no interesse próprio. Assim, sociologicamente falando, "uma *Herrschaft* é uma estrutura de superordenação e subordinação, de líderes e liderados, governantes e governados; baseia-se numa variedade de motivos e meios de imposição" (Notas dos Editores, *ES*, I: 62). *Mesmo a dominação legítima tem dois lados: implica tanto a legitimidade (autoridade) quanto a força (coerção).* Weber propõe um modelo de três "tipos ideais" de autoridade:

(i) *Autoridade tradicional* – que tem por base uma sólida crença na santidade de tradições imemoriais e na legitimidade do *status* dos que exercem a autoridade nesse contexto. Essa forma de autoridade sempre foi a mais difundida na história do mundo.

(ii) *Autoridade carismática* – que tem por base a devoção à santidade e ao heroísmo específicos e excepcionais de um indivíduo, ou a seu caráter exemplar, e dos padrões normativos ou da ordem revelada ou estatuída por ele[9]. Essa forma mostrou-se sempre instável e imprevisível.

(iii) *Autoridade jurídico-racional* – que tem por base uma afirmação de bases racionais, uma crença na "legalidade" dos padrões de preceitos normativos e no direito daqueles aos quais se delegou a autoridade de emitir comandos sob tal sistema de regras. Essa forma estava começando a predominar entre as sociedades ocidentais modernas[10].

8. Uma consideração importante para a análise weberiana da dominação era a disciplina. A disciplina era "a probabilidade de que, em virtude do hábito, um comando seja pronta e automaticamente obedecido de forma estereotipada, por parte de determinado grupo de pessoas". Weber especifica que a disciplina "inclui o hábito característico da obediência acrítica e submissa" (Weber, *Economy and Society*, 1978, I: 53). Outras referências a esse texto assim anotadas: (*ES*, número do volume: número de página).

9. O termo "carisma" será aplicado a uma certa qualidade da personalidade de um indivíduo em virtude da qual ele é tido como extraordinário e tratado como alguém dotado de poderes ou qualidades sobrenaturais, sobre-humanas ou, no mínimo, especificamente excepcionais. Esses atributos não são acessíveis à pessoa comum; são tidos como de origem divina ou exemplares e, com base neles, o indivíduo em questão é tratado como 'líder'" (*ES*, I: 241).

A modernidade presenciou o desenvolvimento da autoridade jurídico-racional. Enquanto, durante a maior parte da existência humana, a legitimidade dos sistemas sociais se fundara sobre elementos tradicionais, mágicos ou religiosos, a sociedade moderna parecia fundar-se sobre uma autoridade que havia, ela própria, se tornado racional; em outras palavras, era entendida como uma forma confiável de estruturação social que permitia a integridade funcional de uma sociedade ou organização social. Por sua vez, para Weber, isso depende de certos fatores:

1. Um código jurídico constituído por normas jurídicas estabelecidas por consenso ou por imposição, mas que são aceitas por razões de conveniência ou valores racionais, ou ambos. Esse código chama a si o direito à obediência, pelo menos, dos membros cruciais do corpo coletivo, e em geral à obediência de todos os membros da sociedade ou organização.
2. Um sistema logicamente coerente de regras abstratas que se aplicam a casos particulares. Portanto, a ordem social existe dentro de limites estabelecidos por preceitos legais e segue princípios que são capazes de formulação generalizada.
3. O protótipo do indivíduo que detém a autoridade é aquele que exerce uma função pública, o que define suas responsabilidades. Tal pessoa, que é um funcionário público ou mesmo o presidente eleito do país, submete-se também à regulamentação impessoal da lei.
4. A pessoa que obedece à autoridade só o faz em virtude de ser membro do grupo (isto é, não devido a nenhuma razão pessoal), e aquilo a que obedece é a lei (e não a pessoa que detém a autoridade).
5. A obediência não é devida aos titulares dos cargos públicos enquanto indivíduos, mas à ordem impessoal por eles representada. Um corpo administrativo de funcionários (ou seja, uma burocracia) é formalmente encarregado de cuidar dos interesses da pessoa jurídica dentro dos limites da lei. O poder dos funcionários do Estado não reside neles pessoalmente, mas nas funções jurídicas que lhes cabem por direito[11].

10. Weber contrastava "direito racional" com a "Kadi-Justiz" ("Justiça Kadi"), ou a justiça que funcionava na base *ad hoc* dos méritos inferidos de um caso individual. "Todas as formas não-burocráticas de dominação" implicavam elementos de "tradicionalismo estrito" com uma "esfera de livre arbitrariedade e graça divina" (1970: 217). O direito racionalizado caracteriza-se pelo "domínio de normas gerais e abstratas" (*ibid.*: 219).

11. "É decisivo, para a natureza específica da lealdade moderna a uma função pública, que (...) a lealdade não seja prestada a uma pessoa, como a fé do vassalo ou do discípulo nas relações de autoridade feudais ou patrimoniais. A lealdade moderna é dedicada a fins impessoais e funcionais" (Weber, 1970: 199).

O direito provê uma estrutura formal que faz exigências bastante precisas e, se administrada racionalmente, assegura que possamos prever o resultado de nossa obediência ou desobediência a tais exigências. Assim, essa estrutura jurídico-racional sanciona o elemento de cálculo na autoridade jurídico-racional[12]. A coerência na tomada de decisões é crucial. Comparado a um direito substantivo baseado em "princípios materiais", e a uma justiça que seria substancial e, desse modo, *ad hoc*, "o direito formalista é previsível" (Weber, 1966: 252). O direito, por sua vez, necessita do Estado burocrático moderno para prestar a "garantia formal confiável de todos os contratos pela autoridade política" (1966: 249)[13].

Weber acreditava que o surgimento das formas ocidentais de capitalismo dera um enorme estímulo à autoridade jurídico-racional e à atitude calculadora. A previsibilidade das relações e dos resultados exigidos pela interação capitalista era possibilitada pela estrutura formalmente racional da dominação jurídica na qual emergem os discursos "especificamente modernos" sobre o cálculo racional dos interesses de Estado. Isso não quer dizer que os interesses de classe não eram ao mesmo tempo específicos e diferencialmente posicionados em face do direito. "Idéias como 'Estado', 'Igreja', 'comunidade', 'partido' ou 'empresa', cuja concretização se imagina ocorrer 'numa comunidade', na verdade ofereciam uma 'aura ideológica para o senhor', sendo '*ersatz*'" (1970: 199). Em particular, "as massas sem propriedades são especialmente não servidas por uma 'igualdade [formal] diante da lei' e por uma prestação jurisdicional e uma administração 'previsíveis', conforme o exigem os interesses 'burgueses'". As classes inferiores exigem uma "justiça substantiva voltada para alguma instância e pessoa concretas" (1970: 220-1), enquanto o modo burocrático de regulamentação cria um interesse em nome da burocracia em si, para a manutenção de seu poder através da "canonização da idéia abstrata e 'objetiva' das 'razões de Estado'" (1970: 220). Um processo semelhante tomou de assalto o discurso geral do direito, que se tornou subordinado às exigências dos profissionais de direito.

O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE NA MODERNIDADE – A RAZÃO DE SER DA FILOSOFIA DO DIREITO?

Todas as organizações sociais precisam de legitimidade. A modernidade é um período histórico que enfatiza a racionalidade e o conhecimento, e que por isso mesmo faz uma exigência de legitimidade maior do que o faziam a ação e a autoridade tradicionais.

12. "O princípio característico da burocracia é a regularidade abstrata da implementação da autoridade, que resulta da exigência de "igualdade perante a lei" em sentido pessoal e funcional – e, portanto, do horror ao "privilégio" e da rejeição, baseada em princípios, à prática das negociações "caso a caso" (Weber, 1970: 224).

13. Embora Weber argumentasse que a burocracia era a forma mais eficiente de administração jamais concebida ("de um ponto de vista exclusivamente técnico (...) o mais racional dentre os meios conhecidos de se exercer a autoridade"), ele também a associava à "servidão".

> O destino dos seres humanos não é igual. Os homens diferem em suas condições de riqueza, *status* social etc. (...) O mais favorecido sente uma necessidade permanente de considerar sua posição como algo de certo modo "legítimo", suas vantagens como "merecidas", e as desvantagens dos outros como provocadas por sua própria "culpa". O fato de que as causas meramente acidentais da diferença possam ser tão óbvias não faz diferença alguma (*ES*, II: 953).

O que pode justificar a violenta desigualdade que é tão óbvia na modernidade? O recurso histórico à "natureza", bem como a posição habitual de considerar a vida como um fluxo ininterrupto que vem do passado, tornaram-se hoje de uma obviedade exagerada, contingente, fortuita. Em termos sociológicos, a desigualdade social moderna liga-se claramente à posição de classe[14] e ao acesso ao poder político e ao *status* social[15], enquanto a *razão* – por exemplo, a filosofia e a teoria jurídica – subverte e tenta substituir a legitimidade do passado. A legitimidade é uma questão ao mesmo tempo intelectual e prática: (i) é a estrutura subjacente da análise das circunstâncias hoje existentes nas quais a dominação e a obediência são criadas em situações históricas concretas – a análise sociológica da ordem social; e (ii) a necessidade de legitimidade requer a produção de discursos de legitimidade que se vêem sob a injunção de justificar a ordem social existente, ou a reformulação dessa ordem em moldes específicos.

Enquanto o direito racional-formal moderno precisa ser compreendido em seu contexto histórico, também é crucial reconhecer o caráter singular da legalidade moderna. A legalidade permite um tipo especial de dominação em que esta é exercida como se os próprios dominados desejassem tal conduta. Quando "o comando é aceito como uma 'norma válida', está em jogo uma forma especial de dominação, mais especificamente "a situação em que a vontade manifesta (o comando) do(s) governante(s) pretende influenciar a conduta de uma pessoa ou de outras mais (os governados), e na verdade a influencia de tal modo que sua conduta, no que esta tem de socialmente relevante, ocorre como se os governados tivessem feito do conteúdo do comando a máxima de sua conduta, tendo em vista o seu próprio bem" (*ES*, II: 946). A alegação da legitimidade de uma ordem é indicada pela obrigatoriedade de certas atividades sociais. Enquanto o costume, a convenção e o uso geral, bem como as razões de interesse pessoal, podem produzir padrões de comportamento regulares, estes devem ser diferenciados do caráter obrigatório das ações em conformidade com as normas de uma ordem estabelecida.

14. Classe denotava "a típica probabilidade de desfrutar de vantagens materiais e sociais em resultado do controle dos bens e das aptidões e, portanto, de beneficiar-se do fato de que essas coisas podem ser usadas para gerar uma renda dentro de uma ordem econômica dada" (*ES*, I: 312). Classe era uma questão de "posição no mercado" que determinava aquilo que hoje se costuma chamar de "oportunidades de vida".

15. Para Weber, além da determinação econômica das oportunidades de vida existe a determinação por *status*, que se refere à determinação social das oportunidade de vida baseadas no uso e na distribuição de prestígio social ("honra estamental").

> A validade de determinada ordem significa mais do que a mera existência de uma uniformidade de ação social determinada pelo costume ou interesse próprio. Se as empresas que fazem transporte de mudanças fizerem publicidade regularmente, ao mesmo tempo que muitas locações expiram, essa uniformidade será determinada pelo interesse pessoal (...). Contudo, quando um funcionário público se apresenta todos os dias em seu escritório, à mesma hora, ele não age apenas com base no costume ou no interesse pessoal, os quais poderia desconsiderar se assim o desejasse; em geral, suas ações são também determinadas pela validade de uma ordem (isto é, as regras do funcionalismo público) que ele cumpre em parte porque a desobediência lhe seria desvantajosa, mas também porque sua violação seria abominável a seu senso do dever (...). O conteúdo de uma relação social [pode] ser chamado de ordem se a conduta for, aproximadamente ou em geral, voltada para "máximas" determináveis. Uma ordem só pode ser chamada de "válida" quando se direcionar para essas máximas, entre outras razões porque, de modo relativamente mensurável, ela é vista pelo agente como algo até certo ponto obrigatório ou exemplar para ele (*ES*, I: 31).

Para compreender sociologicamente o direito, argumenta Weber, precisamos observar um padrão de ação e avaliar o significado subjetivo dos atores envolvidos na ação. Precisamos, ao mesmo tempo, de uma perspectiva externa e interna. Assim, Weber retoma a interpretação hegeliana de que as relações sociais de determinada era fornecem critérios internos aos imperativos morais nela vigentes, assim como o argumento de que o "conteúdo" de qualquer juízo moral só se revela plenamente no entendimento do contexto da rede social e das determinações da situação histórico-social concreta. Portanto, nosso conhecimento terá de examinar uma dualidade: a interioridade da ação e a situação desta dentro do vasto quadro de desenvolvimento social.

A METODOLOGIA DO ENTENDIMENTO SOCIOLÓGICO

O objetivo da indagação intelectual é o entendimento do mundo, mas, como pertencemos a este mundo, não há como fugir a um certo "ponto de neutralidade" na visão que dele temos. Faz-se necessária, portanto, uma sociologia que seja "uma ciência preocupada com *o entendimento interpretativo da ação social* e, desse modo, com uma explicação causal de seu curso de ação e suas conseqüências". O que torna a ação humana social? Uma ação humana envolve "um agente individual que atribui um significado subjetivo a seu comportamento", e a ação será social "na medida em que seu significado subjetivo levar em conta o comportamento dos outros e tiver, desse modo, um objetivo traçado para sua trajetória" (*ES*, I: 4).

O tema da sociologia é a ação humana, e Weber enfatiza duas características abordadas na citação acima: a ação social (i) implica, no que diz respeito aos outros, o relacionamento, a troca e o interesse, e (ii) o comportamento é orientado em sua trajetória, isto é, tem significado. Como vamos compreender isso? Weber enfatizava

uma mensagem antipositivista: o significado da ação nunca é evidente por si mesmo – não existem fatos evidentes dos quais disponhamos exclusivamente para descrevê-los. Toda ação exige interpretação. Interpretamos quase o tempo todo sem que disso nos demos conta, confiantes que somos na posição que ocupamos dentro de uma tradição interpretativa. Contudo, as ciências humanas são inevitavelmente interpretativas, e em sua base o que temos são seres humanos compreendendo a posição subjetiva de (outros) agentes humanos. Todas as ações têm a particularidade do agente – que podemos compreender através do uso de nossa capacidade de empatia – e a universalidade do conceito. Todas as ações humanas são eventos particulares, mas elas também podem ser convertidas em modelos que nos permitam investigar a probabilidade de ocorrência regular. Na ciência, estamos à procura de cadeias de eventos previsíveis e, como amparo, usamos três tipos de significado: (i) o significado realmente pretendido da ação individual concreta; (ii) no exame dos fenômenos sociológicos de massa, podemos elaborar o termo médio dos significados, ou uma aproximação do significado pretendido; (iii) o significado apropriado a um tipo puro (um tipo ideal) e cientificamente formulado de fenômeno comum. Contudo, seria esse conhecimento capaz de nos conduzir a um mundo mais rico? A resposta de Weber é desconcertante: a modernidade chegaria ao desencanto exatamente através dessa busca de conhecimento.

O DESENCANTO É O DESTINO DE UMA MODERNIDADE COMPROMETIDA COM A LIBERDADE GUIADA PELO CONHECIMENTO

No Iluminismo, o apelo à razão – à racionalidade – ocorria em nome do desejo de ser livre. Liberta do cativeiro das falsas crenças e das hierarquias da sociedade feudal, a humanidade entraria numa nova era de razão esclarecida. A modernidade deveria trazer a liberdade – a libertação dos entraves da racionalidade substantiva, da necessidade de acreditar em X porque era nisso que o seu grupo social, ou a sua sociedade, levavam-no a acreditar. Livres da ilusão, podemos escolher nossos valores e desenvolver outros na interação com novas culturas, novos indivíduos e estilos de vida. Essa liberdade de cultura poderia significar o potencial para um mundo mais variado e instigante do que qualquer outro já existente ao longo da história, mas Weber era pessimista; enquanto os trabalhadores assalariados – que, juntamente com seus dependentes, formavam a massa da classe trabalhadora – poderiam estar, em princípio, livres para dispor de seu trabalho no mercado aberto, eles na verdade estão inseridos numa rede de compulsão, e não podem evitar os obstáculos de uma estrutura social que situa suas experiências de vida em espaços entre os diferentes estabelecimentos fabris que os transformam em marionetes do modo industrial de produção. Os desejos do protestante, cujos padrões de subjetividade – como acreditava Weber – haviam dado um enorme estímulo ao desenvolvimento da modernidade capitalista, teriam sentido em sua existência, mas, para o operário da indústria

moderna, seu trabalho e suas rotinas de vida são determinados pelas máquinas que constituem parte tão significativa do complexo industrial[16].

Numa das frases mais memoráveis em que se descreve a vida moderna, Weber afirmou que o homem moderno ficaria preso numa jaula cercada por barras de ferro de racionalidade. Havia três fatores cruciais: (i) é impossível demonstrar qualquer significado substantivo no discurso do direito natural; (ii) uma força disciplinar se impunha cada vez mais ao cotidiano da humanidade, criando rotinas determinadas pelas exigências estruturais de papel e função; e (iii) nossa busca de conhecimento não nos pode salvar; ao contrário, nos moveremos cada vez mais numa espiral de atividade-reflexão-conhecimento-tecnologia-reação-reflexão. O homem está condenado a tornar-se vítima de cálculos sobre cálculos, apanhado na armadilha da necessidade racional[17]. Quisemos que a razão nos libertasse, mas nos tornamos seus servos, condenados a suas visões e aos resultados que lhe parecem lógicos[18].

WEBER SOBRE O DESTINO DA IDEOLOGIA DO DIREITO NATURAL

> "Natureza" e "razão" são os critérios substantivos do que é legítimo do ponto de vista do direito natural. Ambos são vistos como iguais, e o mesmo acontece com as regras que deles se extraem, razão pela qual se considera que as proposições gerais sobre as regularidades das ocorrências factuais e das normas gerais de conduta coincidem. O conhecimento obtido pela "razão" humana é tido como idêntico à "natureza das coisas" ou, como alguém poderia dizer hoje, à "lógica das coisas". O "deve" é idêntico ao "é", ou seja, ao que existe na média universal (*ES*, II: 869).

Estava claro, para Weber, que a separação dos tipos de conhecimento – um processo iluminado por Hume e Kant, entre outros – tornava racionalmente impossível acreditar em alguma coincidência necessária entre "um curso da história" e um conjunto de valores normativos. Podemos aprender com a história, mas as narrativas que a história apresenta sobre o "é" de nosso passado não constituem prova alguma de nenhum "deve". Assim, argumentava Weber, não havia nenhum significado, nenhum objetivo ou *telos* que pudessem ser objetivamente encontrados na história. Era esse o "destino" de "uma época que comeu da árvore do conhecimento" (Weber: [1904] 1949: 57). Da mesma maneira, nada poderia ser dito pelos cientistas sobre os fundamentos dos juízos de valor (1904; 1917)[19]. Valor (significado) era algo que impomos ao mundo; não podia ser objeto de verificação científica. Diante desse relativismo e dessa subjetividade, vemos mais claramente que o direito é uma técnica específica de dominação humana:

> O positivismo jurídico tem avançado irresistivelmente, ao menos no momento presente. O desaparecimento das velhas concepções de direito natural acabou com toda possibilidade de se atribuir ao direito uma dignidade metafísica em virtude de suas qualidades imanentes. Na grande maioria de suas mais importantes disposições, tem sido ostensivamente desmascarado como resultado ou meio técnico de uma solução conciliatória entre interesses conflitantes (*ES*, II: 875).

Através da legalidade, podemos criar uma configuração particular da razão – a doutrina jurídica – com sua verdade própria. Através de sua capacidade de criar direitos e deveres, responsabilidades e soluções jurídicas, a legalidade é a técnica mais apropriada ao poder moderno. O direito pode criar seu próprio universo de sentido e necessidade. Desse modo, traz consigo um grande potencial de libertação e capacitação; porém, em sua ligação com a administração racional, pode oferecer uma perigosa combinação: estimula a desobediência. Weber adverte:

16. "O puritano queria trabalhar por vocação; nós somos forçados a fazê-lo. (...) quando o ascetismo passou das celas monásticas para a vida cotidiana e começou a dominar a moralidade secular, fez sua parte na criação do gigantesco cosmo da ordem econômica moderna. Essa ordem liga-se agora às condições técnicas e econômicas da produção mecânica que hoje dirige a vida de todos os indivíduos destinados a conviver com esse mecanismo, e não apenas daqueles direta e irresistivelmente voltados para a aquisição econômica. E talvez venha a dirigi-la até que se queime a última tonelada de carvão fóssil" (*The Protestant Ethic* [A ética protestante], 1958: 181).

17. Os estudiosos contemporâneos da condição pós-moderna afirmam que "a idéia moderna que uma racionalidade global da vida social e pessoal terminou por desintegrar-se numa multiplicidade de minirracionalidades a serviço de uma irracionalidade global, incontrolável e inexplicável" (Boaventura de Sousa Santos, 1991: 94). Nessa linha, Gellner (1987: 153) afirma que a idéia weberiana da armadilha de uma jaula com barras de ferro refere-se apenas a um estágio específico do capitalismo industrial; em nossos dias, com uma semana de trabalho menor, com o aumento do lazer e a diminuição da ênfase no pensamento cartesiano, habitamos uma jaula de borracha. Santos responde: "A jaula de borracha continua sendo uma jaula" (1991: 102). Claus Offe (1987: 8) define um aspecto importante da condição pós-moderna como a consciência simultânea da contingência e da escolha, enquanto as condições estruturais da macroescala parecem ainda mais distantes do controle humano: "Por um lado, quase todos os fatores da vida social, econômica e política são contingentes, eletivos e controlados pela mudança; por outro, as premissas institucionais e estruturais sobre as quais se organiza tal contingência são simultaneamente retiradas do horizonte de escolha política – na verdade, de escolha intelectual."

18. A tendência pessimista da análise de Weber é retomada pelo escritor francês Michel Foucault, que mistura Nietzsche e Weber para nos oferecer uma imagem de nossa humanidade sendo arrancada de nós sob o pretexto do conhecimento e do domínio da "especialização". O filósofo norte-americano contemporâneo Richard Rorty (1983: 164) comenta: "Sem dúvida, Foucault está certo em afirmar que as ciências sociais embotaram a fibra moral de nossos governantes. Algo acontece com políticos que se vêem expostos a infinitas tabulações de níveis de renda, índices de reincidência, eficácia de custo de armas de fogo para a artilharia e coisas do gênero – mais ou menos o que acontece com os guardas dos campos de concentração... Os governantes das democracias liberais passam a crer que nada importa além do que é mostrado pelas previsões dos especialistas. Eles param de ver seus concidadãos como seus concidadãos."

19. Sem dúvida, Weber admite que os cientistas poderiam dizer que a razão (por eles proposta) pela qual X pensava de certo modo era Y; os cientistas sociais podem e devem registrar o que indivíduos e grupos valorizam, mas não podem afirmar que isto ou aquilo tem valor intrínseco e, portanto, deve ser (universalmente) valorizado. Isso não significa que Weber argumentava que os valores eram desimportantes. Longe disso. Em seu texto clássico, *The Meaning of Value Freedom in Sociology and Economics* [O significado de liberdade de valor nas ciências sociológicas e econômicas] (1917: 1-47), Weber afirmou categoricamente que a diferença entre relatar o que se observou (os "fatos" da interpretação) e a avaliação deve ser claramente mantida. Quando alguém exprime um juízo de valor, não pode afirmar que se trata de ciência, pois não é. Trata-se de uma recomendação política ou coisa do gênero, de uma afirmação humana.

Todavia, essa eliminação das implicações metajurídicas do direito é um daqueles avanços ideológicos que, ao mesmo tempo que aumentam o ceticismo quanto à dignidade das regras particulares de uma ordem jurídica concreta, também promovem eficientemente uma obediência genuína ao poder, agora visto exclusivamente de um ponto de vista instrumental, das autoridades que afirmam possuir legitimidade no momento. Entre os profissionais de direito, essa atitude tem se mostrado particularmente acentuada (*ES*, II: 875).

A DISCIPLINA MODERNA E AS ROTINAS DA VIDA COTIDIANA

Na falta de qualquer *télos* legítimo, ou de qualquer significado expressionista predominante na vida social, o que poderia oferecer aos indivíduos uma existência dotada de sentido? Weber achava que a vida cotidiana seria dominada pelos papéis funcionais nas estruturas do sistema econômico. As rotinas diárias de uma pessoa seriam configuradas pelas liberdades que seus papéis lhes concedessem, e seus sonhos e esperanças seriam um reflexo de sua educação e das pressões culturais específicas às quais sua classe fosse submetida. Para aqueles cuja posição estrutural concedesse liberdade do trabalho baixo e servil da produção industrial, existe a armadilha da racionalidade social dominante – uma busca constante de eficiência no cumprimento de tarefas e do sucesso efêmero[20] –, e a única felicidade não-estrutural prevista por Weber estava nos espaços anti-racionais. O indivíduo encontraria conforto nas relações pessoais, no amor romântico, na música escapista, na experiência da arte e no cultivo de uma esfera privada restrita, como fugas mundanas das rotinas institucionais. A imagem weberiana geral do futuro das condições humanas era pessimista: a única esperança era a de que pudéssemos preservar uma vontade de não ser dominados como carneiros – o que era duvidoso.

O desalento de Weber atinge seu ponto máximo em seu conceito de *disciplinamento*. Para ele, o controle dos indivíduos na sociedade moderna era cada vez mais uma questão de disciplina – uma adesão à norma e uma atitude interior de prudência e precaução. Duas ordens institucionais, o mosteiro e o exército, haviam fornecido as bases para o desenvolvimento de técnicas de disciplina que se haviam difundido por toda a ordem social com a ascensão do complexo industrial. As ordens monásticas da Europa medieval tinham criado uma existência fundamentada em estruturas normativas de regimes alimentares rigorosos e todo um sistema de atividades regulares que subordinavam a paixão à vontade e separava os desejos da alma daqueles da carne. Para Weber, a ética (o espírito) protestante transferiu essa cultura para o conjunto da sociedade. O exército era o foco original da disciplina social secular que moldava vastos contingentes humanos, transformando-os numa unidade disciplinada pelo hábito pessoal e pelos sistemas de exigências burocráticas[21]. Weber advertiu que nossa individualidade estava se tornando cada vez mais apartada de nós à medida que nos disciplinávamos, passando a constituir uma sociedade caracterizada pelo conformismo generalizado.

20. "(...) o homem é dominado pelo dinheiro e pelo ganho material como fins últimos de sua vida. O ganho econômico não se subordina mais ao homem enquanto meio para a satisfação de seus bens materiais. O contrário do que chamaríamos de relação natural, tão irracional de um ponto de vista ingênuo, é sem dúvida um princípio condutor tão forte do capitalismo quanto é estranho aos povos que não vivem sob influência capitalista" (*The Protestant Ethic*, 53).

A MODERNIDADE IMPLICA UM COMPROMISSO COM O CONHECIMENTO RACIONAL, MAS NÃO PODEMOS TER CONHECIMENTO DAS BASES OU DOS VALORES MAIS PROFUNDOS; CONSEQÜENTEMENTE, O PARADOXO DA MODERNIDADE É QUE ELA CONSTITUI UM COMPROMISSO COM O CONHECIMENTO, MAS ESTE NÃO NOS PODE REVELAR O SIGNIFICADO DA VIDA NEM, EM ÚLTIMA INSTÂNCIA, QUE ATOS SÃO SIGNIFICATIVOS

O destino de uma época que comeu da árvore do conhecimento consiste em saber que não podemos apreender o significado do mundo a partir dos resultados de sua análise, por mais perfeita que esta seja; ao contrário, é preciso ter condições de criar o próprio significado. Há que reconhecer que as concepções gerais da vida e do universo não podem nunca ser produto de um conhecimento empírico cada vez maior, e que as idéias mais elevadas, as que nos fazem avançar com mais força, só se podem formar no embate com outras idéias que são, para os outros, tão sagradas quanto as nossas para nós (*Methodology of the Social Sciences* [Metodologia das ciências sociais], 1949: 57).

A busca do verdadeiro conhecimento, que o Iluminismo desencadeou de modo verdadeiramente crítico, subverte todas as formas de fundamentação. Quando nos deixamos absorver pela reflexão nos damos conta da impossibilidade de chegar ao conhecimento empírico da totalidade do mundo, ou de avaliar seu sentido; todavia,

21. "A disciplina militar dá origem a toda disciplina. A organização econômica em grande escala é a segunda das grandes instâncias que treinam os homens para a disciplina. (...) A disciplina militar é o modelo ideal para a fábrica capitalista moderna, como o era para a antiga plantação. Contudo, a disciplina organizacional na fábrica tem uma base totalmente racional. Com a ajuda de métodos de avaliação apropriados, a rentabilidade ideal do trabalhador individual é calculada como a de qualquer meio material de produção. (...) O aparato psicofísico do homem, incompletamente ajustado às exigências do mundo exterior, as ferramentas, as máquinas – em resumo, é funcionalizado, e o indivíduo é espoliado do ritmo natural que lhe é determinado por seu organismo; em concordância com as exigências dos procedimentos de trabalho, ele é sintonizado a um novo ritmo através da especialização funcional dos músculos e da criação de uma economia ideal de esforço físico. Todo o processo de racionalização, tanto na fábrica quanto em qualquer outro lugar, e sobretudo na máquina burocrática de Estado, equivale à centralização do implemento material da organização nas mãos do senhor. Assim, a disciplina se estende inexoravelmente por maiores áreas à medida que a satisfação de necessidades políticas e econômicas torna-se cada vez mais racionalizada. Esse fenômeno universal restringe cada vez mais a importância do carisma e da conduta individualmente diferenciada" (*ES*, II: 1156).

comprometemo-nos com a perspectiva calculista como se pudéssemos conhecer todas as coisas[22]. O resultado é o mistério, mas não podemos dar-lhe tal nome. A vida é, ao contrário, simplesmente uma série de problemas a serem solucionados.

O PARADOXO DO RACIONALISMO

A modernidade está, portanto, sujeita a uma estranha sobredeterminação; sonha com uma racionalidade maior do que a que pode alcançar. A vida na jaula de ferro é perigosamente irracional.

A sobrevivência do irracional

Para colocar o enfoque de Weber em termos mais pós-modernos, a grande narrativa das luzes (em Hegel, por exemplo) continha em si o pressuposto de que uma sociedade plenamente racional resultaria em ordem e paz sociais. Porém, se por um lado a busca de uma racionalidade social plena nos deu o método e o cálculo racionais, por outro tal busca fundava-se num mito. O mito era a idéia de que tudo era, em princípio, passível de conhecimento, conquanto na "verdade" jamais pudéssemos chegar a seu conhecimento pleno. Weber celebra, de modo ambíguo, a criação de uma modernidade estruturada por práticas sociais "modernizadas" – isto é, racionalizadas –, ocupada por eus sociais disciplinados que irão cumprir as exigências da estrutura social e as determinações dos governantes. Weber é ambíguo porque, ao mesmo tempo que descreve um processo, indica que pouco podemos fazer com ele, enquanto o edifício todo se assentar sobre alicerces frágeis. Especificamente – e como outros já afirmaram –, o conjunto parece uma máquina gigantesca, mas a máquina tem um reflexo em seu interior: o reflexo da subjetividade humana. Se a metafísica da vida não puder ser compreendida, todo um conjunto de desejos e interesses do agente individual não poder ser contido neste modelo: "O intelectualismo e a racionalização crescentes não podem, portanto, indicar um conhecimento geral cada vez maior das condições sob as quais se vive". Por um lado, tornamo-nos joguetes do processo de "conhecibilidade" e "domínio por meio do cálculo"; e, ao passar-nos essa mensagem, Weber estava prevendo uma tendência de sua época que,

22. Weber é específico: "o intelectualismo e o racionalismo crescentes não (...) apontam para um aumento do conhecimento geral das condições sob as quais se vive. Indicam algo mais, a saber, o conhecimento ou a crença em que, se assim se desejasse, seria possível adquiri-lo a qualquer momento". Em resultado, o sentimento de assombro inerente às perspectivas mágica e religiosa se perde em favor do friamente calculista. "Isso significa que não existem forças misteriosas e imprevisíveis que se põem em jogo, mas sim que é possível, em princípio, dominar todas as coisas por meio do cálculo" (1949: 139). Porém, enquanto isso é o caso em princípio, na verdade o cálculo está sempre ocorrendo com o conhecimento ao alcance. Deve permanecer incompleto e pragmático. A totalidade é um mistério.

agora podemos ver – ao olharmos para trás com o "benefício" de termos visto o Holocausto e os campos de concentração de Stalin –, refletia o temor pelo destino da individualidade numa sociedade dominada pelo cálculo, pelo consumo de massa e pela padronização generalizada. Por outro lado, porém, Weber deixou espaço suficiente para as forças imprevisíveis, ou irracionais, para garantir a presença de um elemento de instabilidade em sua idéia dessa máquina racional em desenvolvimento, de modo que se pudesse preservar alguma "esperança". Um elemento-chave era o carisma.

O apelo do carisma

> Uma vez que é "extra-ordinária", a autoridade carismática se opõe fortemente à autoridade racional e, em particular, à autoridade burocrática, e à autoridade tradicional, quer em sua variante patriarcal e patrimonial, quer em outras variantes, todas elas constituem formas de dominação cotidiana; por sua vez, a [autoridade] carismática é a antítese absoluta de tudo isso (*ES*, I: 244).
>
> Em contraste radical com a organização burocrática, o carisma não conhece admissão ou demissão formal, carreira, adiantamento ou salário, supervisores ou sistemas de apelação, jurisdição local ou puramente técnica, assim como desconhece instituições permanentes à maneira das agências burocráticas, que independem dos que exercem um cargo e de seu carisma pessoal. O carisma é autônomo e estabelece seus próprios limites. Aquele que o possui assume a tarefa da qual foi incumbido e exige que os outros o obedeçam e sigam em virtude de sua missão. Se aqueles dos quais ele se sente representante não o reconhecem como tal, sua pretensão cai por terra; se o reconhecem, ele será seu mestre enquanto conseguir "provar" que o é. Todavia, ele não extrai suas pretensões da vontade de seus seguidores, como acontece nas eleições; em vez disso, cabe a eles reconhecer seu carisma. (...) A autoridade carismática é naturalmente instável (*ES*, II: 1112-14).

A sociedade moderna produz perigos radicalmente novos; enquanto a racionalização e a formalização indicam domínio e controle, existe uma dialética da irracionalidade. Especificamente, Weber sugere imagens (i) da massa de cidadãos cuja subjetividade disciplinada se ajusta às exigências da administração racional, (ii) sustentada por um sistema abrangente de direito que é, porém, uma estrutura formal sem nenhuma necessidade de conteúdo substantivo (o direito moderno pode ter qualquer conteúdo); todavia, esse edifício racional (iii) contém uma zona vulnerável de irracionalidade, com a onipresente potencialidade de o carisma acabar com as rotinas da estrutura. Weber é ambíguo a propósito do carisma. O carisma é imprevisível; é uma força demolidora que leva a conseqüências indetermináveis.

A CRIAÇÃO DE UMA CIÊNCIA DO DIREITO

O direito moderno – isto é, o positivismo jurídico – é uma técnica específica de dominação que envolve a racionalização e a formalização. Na base do direito mo-

derno encontra-se a vontade humana[23]. Talvez a melhor interpretação da sociologia do direito de Weber tenha sido feita por Kronman (1983). Em sua leitura de Weber, a análise deste é precedida por dois pressupostos: (i) as ações humanas são informadas pelos objetivos e intenções dos agentes; (ii) os fins perseguidos pelos agentes não são de modo algum ditados a eles pela natureza – na verdade, são escolhidos ou desejados pelos agentes. São, em essência, produtos "irracionais" da vontade. Em decorrência disso, a análise jurídica diz respeito a um material que tem significado legal identificável através da "análise lógica do significado", ou da "interpretação abstrata do significado". Somente a análise de um sistema jurídico primitivo – que, por definição, só envolve um grupo limitado de possibilidades sociais – poderia usar um "critério externo" baseado em "elementos extrínsecos" ou "características de dados dos sentidos". Com um sistema jurídico avançado, a análise exigiria que considerássemos todas as circunstâncias que envolvem o ato (juridicamente relevante), bem como as conseqüências que dele decorrem e determinam sua relevância legal; em suma, a análise jurídica moderna leva em consideração os objetivos e as intenções do agente. Sem dúvida, o agente situa-se numa estrutura. A natureza e a estrutura do pensamento jurídico moderno tendem à formalização; em outras palavras, revelam uma preocupação com a classificação e a representação, com a demarcação de limites e a redução dos fenômenos sociais a conceitos jurídicos ao longo de um processo que pretende criar uma realidade (jurídica) ao mesmo tempo inteligível e controlável[24].

E o que dizer sobre o destino do direito? Haverá um "desenvolvimento contínuo dos elementos técnicos do direito e, conseqüentemente, de sua natureza de esfera de ação própria do especialista". Ficará cada vez mais evidente que "o direito é um aparato extremamente técnico, continuamente transformável à luz de considerações de conveniência e vazio de toda sacralidade de conteúdo" (*ES*, II: 895). Pelo contrário, o direito também torna-se flexível. Em princípio, nada está para além de seus procedimentos e estruturas. Molde que não tem necessidade ideológica de associação a uma realidade natural verificável, o direito pode criar sua própria realidade ou atribuir um novo *status* de realidade a idéias anteriormente aceitas de realidade natural (como conceder direitos de participação a mulheres e membros de minorias étnicas).

23. Na tradição alemã, a partir de Schopenhauer, a criação de bondade é um ato de vontade.

24. "Um conjunto de regras e decisões concretas, não importa quão numerosas, não pode nunca produzir um sistema jurídico abrangente. Para chegar à abrangência, é preciso empregar princípios com alto grau de generalidade: somente assim uma ordem jurídica pode adquirir o alcance necessário para abarcar, sem deixar vazio algum, todas as situações imagináveis. Esses princípios gerais são, eles próprios, produto de um processo de abstração ou "redução", como Weber o chama; chega-se a eles reduzindo-se "as razões relevantes à decisão de casos individuais concretos a um ou mais "princípios", isto é, a proposições legais". Conseqüentemente, se um tipo de pensamento jurídico desestimula a imaginação, deve também obstruir a formulação daqueles princípios gerais que um verdadeiro sistema jurídico exige para sua construção" (Kronman, 1983: 90).

A ABERTURA DA VERDADE DO DIREITO E DA CRIATIVIDADE DO DIREITO

O direito moderno é paradoxal porque permite a abertura[25] – autorizando, desse modo, a ação – ao mesmo tempo que é, decididamente, uma técnica de coibição. O paradigma do direito criminal – no sentido de que todo e qualquer comportamento poderia ser criminalizado ou descriminalizado, penalizado ou despenalizado – meramente exprime, ainda que em termos precisos, a idéia de demarcação de limites e de transgressão que se encontra na raiz da legalidade. Os processos de formalização e racionalização inerentes ao direito moderno tornam-no totalmente apropriado à ordenação dos procedimentos de representação e classificação, demarcação de limites e avaliação social. A técnica de classificação impõe certos fenômenos – possivelmente por herança de ordem política – através da criação de conceitos jurídicos que representam certos aspectos do mundo. O processo de classificação não apenas reflete e nomeia entidades do mundo, mas representa-as em nome de uma (nova) racionalidade, apresenta alguma coisa que não se afigura naturalmente assim a nossas sensibilidades, atribuindo-lhe uma ou outra forma que somos levados a aceitar como seu modo de ser. O processo de classificação pode, por exemplo, implicar a escolha de um grupo específico da comunidade e sua sujeição a um regime específico de significado jurídico e social. A classificação institui limites, apresenta (alguns) fenômenos do mundo como coisas diferentes, outras como semelhantes (da mesma classe), permitindo assim a diferença e a igualdade. Ao mesmo tempo, o processo de formalização pode ser redutivo; torna a abertura da realidade social inteligível e controlável ao reduzir a realidade a uma ou a poucas qualidades decisivas. Através dessas técnicas, o direito moderno pode constituir sua própria verdade e ajudar a criar uma nova "verdade" social.

II. FRIEDRICH NIETZSCHE (1844-1900): MODERNO RADICAL OU PROFETA DO PÓS-MODERNO?

E sabeis o que é "o mundo" para mim? Deverei mostrá-lo a vós em meu espelho? Este mundo: um monstro de energia, sem começo ou fim; uma enormidade imóvel e impudente de energia, que não aumenta nem diminui, que não se consome, mas apenas se transforma (...), envolto pelo "nada" como se fosse este uma fronteira (...), como energia do princípio ao fim, como um jogo de energias e ondas de energia, ao mesmo tempo um e múltiplo, acumulando-se aqui ao mesmo tempo que se reduz ali; um

25. Um enfoque central é a crítica da tradição no sentido de que a idéia de revogabilidade, isto é, de contingência legal, é fundamental para o funcionamento do positivismo jurídico. O processo de criação de leis é tal que, na medida em que a "lei" tenha passado pelo correto processo de criação, pode ter qualquer conteúdo; assim, o conteúdo pode ser modificado amanhã. Não há sacralidade alguma na substância do direito (jurídico-positivista).

mar de energias que fluem e se precipitam juntas, transformando-se eternamente num eterno vai-e-vem, com infindáveis anos de retorno, com um fluxo e refluxo de suas formas; da forma mais simples para a mais complexa, da mais calma, da mais rígida e da mais fria para a mais turbulenta, mais autocontraditória, e depois, dessa abundância retornando ao simples, do jogo de contradições retornando à alegria do consenso, ainda assim afirmando-se nessa uniformidade de seus cursos e seus anos, glorificando-se como aquilo que deve retornar eternamente, como um vir-a-ser que desconhece a repleção, a saciedade e a saturação – este meu mundo dionisíaco do eternamente autocriador, do eternamente autodestrutivo, este misterioso mundo das volúpias ambíguas, este meu "para além do bem e do mal", sem propósito, sem vontade, a menos que uma volta sinta boa vontade para consigo mesma – quereis um nome para este mundo? Uma solução para todos os vossos enigmas? Uma luz para vós também, homens dissimulados, mais fortes, menos amedrontados, homens sobretudo da meia-noite? Este mundo é a vontade de potência – e nada mais! E vós sois também essa vontade de potência – e nada além disso! (dos cadernos de notas de *A vontade de potência*, 1884-86).

INTRODUÇÃO A FRIEDRICH NIETZSCHE: O FILÓSOFO DA CONDIÇÃO PÓS-MODERNA

Friedrich Nietzsche tornou-se o mais polêmico escritor/filósofo do século XX[26]. Até recentemente, no mundo anglo-americano seus escritos eram tratados como literatura abstrata, e ele era visto como o paladino daqueles que anunciavam a "morte de Deus" ou o advento do niilismo, além de reconhecido como o filósofo adotado pela Alemanha nazista: "um anti-semita e pró-ariano irracional, delirante e bombástico"[27].

26. Friedrich Nietzsche nasceu na Saxônia em 1844 e teve uma breve carreira de grande brilhantismo como erudito clássico, tornando-se professor antes de completar trinta anos. Desistiu da carreira universitária devido à pouca saúde e à recepção dos colegas a seus escritos. Tornou-se um escritor solitário que freqüentemente residia em hospedarias nas montanhas suíças. Escreveu muito nos dezesseis anos subseqüentes, quase sempre livros pequenos ou livros de ensaios e aforismos: *O nascimento da tragédia, Humano, demasiado humano, Gaia ciência, Além do bem e do mal, A genealogia da moral* e sua obra mais popular, *Assim falou Zaratustra*. Foi amigo do compositor alemão Richard Wagner durante algum tempo, mas afastou-se dele por acreditar que o poderoso romantismo da música wagneriana era um perigoso estímulo a valores anti-humanos.

Nietzsche convenceu-se da necessidade de destruir sistemas de valores antigos, e é muito conhecido por haver decretado a "morte de Deus", o que para ele significava que as bases de nossos antigos sistemas intelectuais e morais haviam sido destruídos, conquanto ainda vivêssemos como se o mundo fizesse sentido. Vinha trabalhando desesperadamente numa "transposição de todos os antigos valores", mas sua saúde piora e, em 1899, deteriora-se também sua saúde mental, provavelmente devido à sífilis terciária que pode ter apanhado nas poucas ocasiões em que esteve com prostitutas no breve período em que prestou serviço militar em sua juventude. Permaneceu insano até a morte, em 1900. Nietzsche advertiu sobre o niilismo que se instalaria na Europa, e tornou-se o filósofo da condição pós-moderna.

27. Para citarmos Alexander Nehamas (1985: vii) sobre a imagem que tinha de Nietzsche antes de lê-lo a sério.

Contudo, ao mesmo tempo que profetizava que o niilismo podia tomar de assalto a modernidade, Nietzsche exigia que reconsiderássemos as bases de nossos valores e desenvolvêssemos um novo imaginário social. Em seus primeiros textos, Nietzsche mergulhava nas profundezas da tragédia grega e nas idéias de Schopenhauer (um pessimista que enfatizava o poder da vontade humana e argumentava que uma universalidade da vontade fundamentava os diferentes fenômenos que observamos) e do compositor Richard Wagner. Contra suas visões trágicas, Nietzsche passou a pregar que a vida devia ser afirmada; os homens precisavam ter a coragem de encarar as coisas do modo como elas realmente eram, em vez de negar ou rejeitar aspectos da realidade. Sua exortação pode ser mal interpretada, e é verdade que Nietzsche transformou a idéia central da tradição filosófica alemã – a idéia da vontade – na exigência de um impulso (que ele passou a chamar de *vontade de potência*) voltado para a busca incansável da grandeza, que os nazistas tomaram por diretriz. Nietzsche, porém, era um adversário implacável da psicologia de massas usada pelos nazistas e da estrutura utilitária que serviu de base à "solução final" do "problema judeu"; ele teria criticado severamente o movimento todo como "moral e mentalidade de rebanho". Isso não quer dizer, em absoluto, que Nietzsche tenha assento garantido na tradição liberal-humanista. Ele era favorável a uma modernização radical, e há passagens assustadoras em seus livros. Nietzsche argumentava que todas as entidades do mundo requeriam interpretação – não havia nada que se pudesse chamar de *fatos simples* –, e suas idéias são inquietantes, perturbadoras, obscuras, abertas a múltiplas interpretações e contraditórias[28]. Entre suas idéias que provocaram as reações mais extremas podemos citar: a vontade de potência como impulso básico da humanidade; a impossibilidade de chegar à verdade; a afirmação de que no mundo não existem fatos simples ou afirmações ou entidades não interpretativas; a morte de Deus; a religião como meio de alguns indivíduos dominarem outros e como uma lente ideológica através da qual as pessoas evitam submeter o mundo real à interrogação radical; a idéia do super-homem (um indivíduo radical que se sujeita à auto-análise e ao autocontrole rigorosos); a necessidade de gerar um novo indivíduo para as condições modernas; textos ambíguos sobre a guerra; a concepção da moralidade como meio pelo qual os oprimidos generalizam seu ressentimento, e muitas outras.

28. Nietzsche freqüentemente escrevia aforismos que pareciam propor posições diferentes. Ele se dava conta de que seus escritos quase sempre defendiam posições contraditórias, mas afirmava que um homem tão "grandioso" quanto ele próprio podia conviver com suas contradições! Outros comentaristas vêem nisso uma prova de incoerência ou, como no caso de Walter Kaufmann, como indício de um estilo experimental de escrita: "Nietzsche não é um pensador sistemático, mas um pensador problemático. (...) [Adota] o experimentalismo, a predisposição de aceitar novas evidências e, se necessário, abandonar posições anteriores" (Kaufmann, 1974: 86). Kaufmann, que foi o primeiro a "reabilitar" Nietzsche para o mundo anglo-americano, atenua Nietzsche indevidamente, tentando encontrar em seu princípio de "experimentalismo" um tema unificador que possamos usar para compreendê-lo. Nietzsche acreditava que o mundo não podia submeter-se a interpretação alguma; da mesma forma, não existe uma interpretação única de seus próprios livros.

Os textos de Nietzsche evocam uma grande variedade de disposições de espírito e impressões. Weber o havia lido e, em boa parte, respirado o mesmo ar intelectual. Porém, enquanto Weber previa um desencanto do mundo à medida que este se secularizava, e via os indivíduos como seres presos na armadilha da jaula de ferro da racionalidade, Nietzsche enfatizava a necessidade de ir além dessas reflexões e recriar. A modernidade precisava, ainda, tornar-se verdadeiramente moderna; a filosofia social e a ética ainda não se haviam tornado plenamente reflexivas. A modernidade havia "matado Deus", mas a humanidade não se secularizara por inteiro; os europeus ainda viviam em meio a produtos de sistemas de pensamento anteriores – sistemas que se fundavam em tradições religiosas que continham idéias de alguma autoridade transcendental –, ao mesmo tempo que a racionalidade moderna subvertia as crenças subjacentes a tais valores. Nietzsche representava o cosmo não como uma estrutura racional e coerente em última instância, mas como um enorme fluxo de poder(es) em meio ao qual éramos almas perdidas. Tudo que tínhamos era nossa vontade de potência; nós éramos nossa vontade de potência.

Ao descrever a modernidade como mistura tumultuada de uma multiplicidade de forças na qual se misturavam desconstrução e construção, liberdade e disciplina, autonomia e controle, Nietzsche celebrava as possibilidades em aberto. A natureza não continha conjuntos de valores a nos serem impostos, razão pela qual o mundo todo – inclusive os projetos humanos – nada mais era que um jogo de forças. A vida era reformulada em termos de uma vasta aventura cósmica; o roteiro não estava escrito, mas devia ser feito e refeito ao longo da viagem.

Nietzsche tornou-se um filósofo muito em voga quando a modernidade passou para o período da modernidade tardia, ou da pós-modernidade. Duas características de sua importância para a filosofia do direito são evidentes: (i) seu perspectivismo e sua insistência na interpretação constituem uma fecunda fonte de idéias para os argumentos interpretativos contemporâneos da teoria jurídico-crítica – enquanto empreendimento, o direito se fundamenta numa série de textos[29]; (ii) sua radicalização da imaginação institucional da modernidade coloca um grande número de questões e problemas.

Nietzsche não é um autor fácil de resumir, e há muitos temas em seus textos. Até certo ponto, é melhor deixar que seu estilo inconfundível fale por si mesmo.

PROBLEMATIZANDO A VERDADE

O que é, pois, a verdade? Uma legião móvel de metáforas, metonímias e antropomorfismos: em resumo, uma soma de relações humanas, que foram poética e retoricamente enfatizadas, transpostas e enfeitadas, e que, depois de muito usadas, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias. As verdades são ilusões que deixamos de ver como tais; são metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora são vistas apenas como metal, não mais como moedas (*On Truth and Lies in a Non-Moral Sense* [Sobre verdade e mentira no sentido extramoral], 1873).

29. Portanto, podemos aprender ao tratarmos o direito como literatura; na verdade, um escritor (Dworkin, 1986) chega a sugerir que o desenvolvimento do *common law* deve ser visto como um folhetim.

Um dos argumentos mais perturbadores de Nietzsche talvez seja seu ostensivo pragmatismo no que diz respeito à verdade. "Verdade" é uma função dos processos por meio dos quais se chega a uma resposta; é uma unidade de representação de um mundo formado por muitos fluxos de energia diferentes e conflitantes, sempre fugindo a nossas tentativas de obter uma "visão clara". Todas as "verdades" são parciais, produto de uma metodologia, mas têm efeitos pragmáticos; podem servir a um ou outro fim, ter este ou aquele efeito. Devemos buscar a verdade, mas as conseqüências podem ser perturbadoras – a verdade é perigosa. A verdade de hoje prova que a verdade de ontem estava errada, e da mesma forma a verdade que criaremos ou encontraremos amanhã irá "provar" o erro de nossa "verdade" atual. Uma sociedade só pode ter tanta verdade quanto possa suportar. Se as "massas" conhecessem a verdade da "verdade", seriam capazes de suportá-la?

SOBRE O PERSPECTIVISMO

Na prisão – meus olhos, por mais fortes ou fracos que sejam, não enxergam para além de uma curta distância, e é no espaço compreendido por essa distância que vivo e me movimento; a linha do horizonte constitui meu destino imediato, nas coisas grandes e nas pequenas, ao qual não posso fugir. Ao redor de cada ser, ali, descreve-se um círculo concêntrico semelhante, que tem um ponto central e lhe é peculiar. Nossos ouvidos nos envolvem em um círculo comparável, e o mesmo acontece com nosso sentido do tato. Ora, é através desses horizontes, dentro dos quais cada um de nós encerra seus sentidos como se estivesse por trás dos muros de uma prisão, que avaliamos o mundo, dizemos que isto fica perto e aquilo longe, que isto é duro e aquilo macio: a tal avaliação damos o nome de sensação – e tudo isso não passa de um erro! De acordo com a quantidade média de experiências e estímulos possíveis a nós, a cada ponto específico do tempo, avaliamos nossa vida e dizemos ser ela breve ou longa, pobre ou rica, plena ou vazia; e, de acordo com a vida humana média, avaliamos a vida de todas as outras criaturas – o que não passa de um erro! Se nossos olhos fossem cem vezes mais penetrantes, o homem nos pareceria tremendamente alto; é possível, na verdade, imaginar órgãos em virtude dos quais ele seria percebido como incomensurável. Por outro lado, a constituição dos órgãos poderia ser tal que sistemas solares inteiros seriam vistos como contraídos e compactos, como uma única célula; e, a seres de outra constituição, uma célula do corpo humano poderia apresentar-se, em movimento, construção e harmonia, como todo um sistema solar. Os hábitos de nossos sentidos nos enredaram em mentiras e sensações enganosas: estas configuram, uma vez mais, a base de todos os nossos julgamentos e de nosso "conhecimento" – não há nenhuma possibilidade de fuga,

nenhum caminho de volta ou atalho para o mundo real! Permanecemos em nossa teia – nós, aranhas – e, de tudo que poderíamos nela apanhar, não apanhamos nada a não ser aquilo que se permite ser apanhado (*Aurora*, 1881).

Nossa imagem da realidade é conseqüência do material que usamos para vê-la. *Perspectivismo* é o argumento de Nietzsche segundo o qual toda visão é uma entre muitas interpretações possíveis. Este é, sem dúvida, um tema relativo ao paradoxo da reflexividade: especificamente, é uma interpretação, motivo pelo qual a idéia de que toda visão é apenas uma entre muitas outras interpretações possíveis é, ela própria, uma entre muitas interpretações possíveis. Essa dificuldade é mais lógica do que real, no sentido de que o perspectivismo é tanto uma interpretação quanto um entendimento da natureza do contexto geral. Aos que se opõem a Nietzsche, isso parece o caminho para o nada, ou ao niilismo. Mas o nietzschianismo denota, ao contrário, interpretação autoconsciente e criatividade. O perspectivismo tem conseqüências para todas as narrativas de conhecimento, mas há aplicações evidentes ao entendimento dos textos e materiais jurídicos (decisões, relações profissionais). O perspectivismo sustenta que não existem fatos independentes (no sentido de fatos que prescindem de interpretação) com os quais as diferentes interpretações possam ser comparadas de modo que possamos escolher a interpretação "correta". Nesse caso, a tarefa de conferir sentido a processos ou conjuntos de instituições, como o sistema jurídico, ou de interpretar textos, como os textos jurídicos, pode ser uma questão de obedecer a certas regras metodológicas e/ou impor ordem entre muitos objetivos e interpretações possíveis.

A COMBINAÇÃO DO FLUXO ONTOLÓGICO COM O PERSPECTIVISMO NOS PERMITE VER QUE O CONHECIMENTO FUNCIONA COMO UM INSTRUMENTO DE PODER

Se combinarmos as idéias nietzschianas sobre a verdade e a constituição do cosmo com o perspectivismo, teremos uma importante tese sobre o pragmatismo radical que anuncia que podemos moldar a realidade e formar a nós mesmos e a nossas estruturas sociais num processo contínuo de destruição e reconstrução. Isso significa que o conhecimento é um instrumento distinto do poder. Temos "em nós um poder de ordenar, simplificar, falsificar e distinguir artificialmente" (*Will to Power* [Vontade de potência], n. 517); "o conhecimento funciona como um instrumento de poder" (*ibid.*: n. 614). Nosso conhecimento não é resultado do mundo revelando-se a nós; trata-se, antes, de um modo de poder no qual impomos ordem à multiplicidade do eu e do mundo, tornando-os controláveis e compreensíveis. O conhecimento é um instrumento de vida.

SOBRE O INCONSCIENTE E A NECESSIDADE DE PROCEDER A UMA GENEALOGIA DA MORAL[30]

Pelo menos entre nós, imoralistas, começa-se hoje a desconfiar que o valor decisivo de um ato encontra-se exatamente naquilo que nele há de não intencional; que toda sua intencionalidade, tudo que pode ser visto e conhecido, tudo que ele tem de consciente, pertence apenas a sua superfície, a sua epiderme que, como toda epiderme, revela algumas coisas, mas dissimula muito mais! Em suma, acreditamos que a intenção é apenas um signo e um sintoma que precisa ser interpretado; além disso, que se trata de um símbolo que, por ter um excesso de significações, significa pouco ou nada; que a moral no sentido antigo, isto é, a moral das intenções, era um preconceito, uma coisa prematura, talvez provisória; uma coisa da ordem da astrologia ou da alquimia, mas de qualquer maneira uma coisa a ser superada. (...) Isso poderia ser o nome daquele longo trabalho secreto que se reserva às consciências mais sutis, mais probas e mais malévolas de nosso tempo. São as referências vivas da alma! (*Beyond Good and Evil* [Para além do bem e do mal], 1886, seção 32).

Às vezes se pensa que Freud descobriu o inconsciente; contudo, a idéia já era relativamente comum entre os intelectuais do século XIX, e Freud certamente tinha para com Nietzsche uma dívida maior do que jamais chegou a admitir. Nietzsche insinua que não nos devemos deixar enganar pelas pretensões à racionalidade; por baixo da racionalidade aparente encontra-se a irracionalidade. Por trás da razão do direito encontra-se o irracional. Sob a superfície da civilização encontraremos uma massa de emoções e desejos conflitantes. A razão impõe a ordem, mas a especificidade da razão é, na verdade, a adesão a uma tradição.

Nietzsche argumentava que havia quatro tradições morais na civilização ocidental: a moral cristã, a moral secular (constituída pela obra de filósofos morais como Kant), a moral comum da massa da humanidade (que Nietzsche repudiava como valores "de rebanho") e os valores pré-socráticos. Cada tradição havia feito concessões. A tradição cristã o fizera através de sua falta de energia – de suas exortações a dar a outra face e demonstrar compaixão pelos fracos[31] –, o que é degradante para a vida. Nietzsche argumentava que Cristo pode ter sido uma figura poderosa que defendeu sèus valores mesmo diante da morte, mas que as Igrejas tradicionais eram instituições que promoviam os interesses dos que não são capazes de se manter sobre os próprios pés. Compaixão e solidariedade não são erros em si mesmas, mas tornam-se perigosas quando se institucionalizam para proteger e sustentar os fracos, negando assim à pessoa a necessidade de afirmar-se criativamente enquanto ser. As moralidades laicas universalizam injustamente a partir de casos particulares. Todos os

30. Genealogia é uma forma de explicação histórica ou psicológica de práticas morais por meio da qual buscamos suas origens e conseqüências práticas.

31. Demonstrar compaixão honesta é uma virtude do super-homem, mas a compaixão só tem valor quando é verdadeira, e não produto de socialização ou prática comunitária.

apelos a valores gerais são eliminados por Nietzsche como apelos a valores comuns, à redução dos valores ao mais baixo denominador comum. Em vez disso, a sociedade devia atuar no sentido de fazer florescer a grandeza de cada indivíduo. Ao voltar os olhos para a Grécia pré-clássica, Nietzsche ali via uma era de ouro plena de vitalidade, força, tragédia e beleza, um mundo de espontaneidade e boa vontade que transigiu devido à exigência socrática do uso da razão e da comunicação. Desde então, ensinam-nos que nossas instituições devem legitimar-se por sua capacidade de incorporar a razão; Nietzsche acreditava que sua única e verdadeira defesa deveria ser a capacidade de afirmar a vida. Para ele, se submetêssemos nossas instituições a uma genealogia dos interesses, observaríamos os verdadeiros processos em atuação, subjacentes a alegações "morais". Friamente, Nietzsche afirma que boa parte do discurso moral havia sido influenciada pelo ressentimento dos fracos: fora criada pelos perdedores na vida, a fim de impor limites aos fortes e vitoriosos, que deveriam rejeitar a moralidade tradicional e favorecer a criação de novos valores para si próprios.

SOBRE A DIFICULDADE DE DAR UMA DEFINIÇÃO OU EXPLICAÇÃO SIMPLES DAS INSTITUIÇÕES SOCIAIS

Uma palavra ainda sobre origem e finalidade do castigo – dois problemas que são distintos, ou deveriam sê-lo; infelizmente costumam ser confundidos. Como os genealogistas da moral se dedicaram, até agora, à solução desses problemas? Ingenuamente, como sempre fizeram; procuram alguma "finalidade" no castigo, por exemplo a vingança ou a intimidação, e em seguida, às cegas, põem essa finalidade no início, como *causa fiendi* do castigo – e pronto. A "finalidade do direito", porém, é a última coisa a ser empregada na história da origem do direito; em vez disso, para toda espécie de historiografia não há nenhuma proposição mais importante do que aquela que foi tão difícil de estabelecer, mas que realmente *deveria ser* estabelecida agora: a causa da origem de uma coisa e sua utilidade final, seu emprego efetivo e seu lugar num sistema de fins estão separados por abismos; que o que existe, que de algum modo veio a ser, é sempre reinterpretado para novos propósitos, retomado, transformado e redirecionado por algum poder que lhe é superior; que todo evento no mundo orgânico é um subjugar, um tornar-se *senhor*, e que todo subjugar e tornar-se senhor implica uma nova interpretação, uma adaptação através da qual o "sentido" e o "fim" anteriores são necessariamente obscurecidos, ou mesmo obliterados. Por melhor que se tenha compreendido a utilidade de algum órgão fisiológico (ou de uma instituição legal, de um costume social, de um uso político, de uma forma de arte ou de um culto religioso), isso nada significa no tocante a sua origem; por mais incômodo e desagradável que isso possa soar a ouvidos mais velhos – pois desde sempre se acreditou que compreender o fim demonstrável, a utilidade de uma coisa, de uma forma ou de uma instituição, significava também compreender o porquê de sua origem – o olho sendo feito para ver, a mão sendo feita para pegar.

Assim, imaginou-se também que o castigo fora criado para castigar. Mas os fins e as utilidades são apenas sinais de que uma vontade de potência se tornou senhora de algo menos poderoso e lhe impôs o sentido de uma função; e a história inteira de uma

"coisa", de um órgão, de um costume, pode ser, dessa forma, uma cadeia contínua de signos de interpretações e adaptações sempre novas, cujas causas nem mesmo precisam estar ligadas entre si, mas, ao contrário, em alguns casos, se sucedem e revezam de modo meramente aleatório. A "evolução" de uma coisa, de um uso ou de um órgão, não é de modo algum seu progresso em direção a um alvo, menos ainda um progresso lógico e rápido que se obtém com um dispêndio mínimo de força – trata-se, antes, de uma sucessão de processos de subjugação mais ou menos profundos, mais ou menos independentes um do outro, mais as resistências com que se deparam, as tentativas de transformação para fins de defesa e reação e os resultados de ações reativas bem-sucedidas. A forma é fluida, mas o "sentido" é mais ainda (*On the Genealogy of Morals* [Para a genealogia da moral], 1887, seção 12).

As instituições sociais são espaços sobredeterminados; há múltiplos processos em ação.

SOBRE A NECESSIDADE DE MUDAR O DESTINO E O TIPO DO HUMANO

O problema que então coloco não diz respeito ao que se seguirá à humanidade na seqüência dos seres vivos (o homem é o fim), mas ao tipo de homem que será gerado, que será desejado, para que tenha um valor superior, que seja mais digno da vida e mais convencido de um futuro. Mesmo no passado, esse tipo superior surgia freqüentemente – mas como um feliz acaso, como uma exceção, não como algo desejado (*O Anticristo*, 1888).

A existência humana e o mundo só se justificam eternamente como fenômeno estético (*The Birth of Tragedy* [O nascimento da tragédia], 1872).

Qual o significado disso? Examinemos uma afirmação de Hart (1961) em *The Concept of Law*, criticando Austin: "(...) sob muitos aspectos, o funcionamento de uma promessa (...) é um modelo muito melhor do que o das inflexíveis exortações ao entendimento (...) das características do direito". Nietzsche perguntaria, simplesmente: "E de onde vem a capacidade de fazer promessas?"

Criar um animal com o direito de fazer promessas – não é esta a tarefa paradoxal que a natureza se atribuiu no caso do homem? Não é este o verdadeiro problema no que diz respeito ao homem?

Quantas coisas, porém, isso pressupõe! Para poder assim determinar o futuro com antecedência, o homem deve, primeiro, ter aprendido a distinguir entre os eventos necessários e os casuais, a pensar em termos causais, a perceber e prever eventualidades distantes como se pertencessem ao presente, a decidir, com certeza, qual é o objetivo e quais os meios para alcançá-lo e, em termos gerais, a calcular e computar. Antes de mais nada, o homem deve ter-se tornado *calculável, regular, necessário*, mesmo na imagem que faz de si mesmo, se pretende permanecer seguro de *seu próprio futuro*, que é ao que faz aquele que promete!

> Esta é, exatamente, a longa história de como se originou a responsabilidade. A tarefa de criar um animal com direito a fazer promessas evidentemente abarca e pressupõe, como tarefa preparatória, que primeiro se torne o homem, até certo ponto, necessário, uniforme, igual entre iguais, regular e, conseqüentemente, calculável (ambas as citações de *On the Genealogy of Morals* [Sobre a genealogia da moral], 1887, "Second Essay: Guilt, Bad Conscience and the Like" ["Segunda dissertação: culpa, má consciência e congêneres"]).

Se, por um lado, os homens mais elevados foram aqueles que obedeceram a injunções que seu próprio ser lhes ditou, por outro, a massa dos homens transformou-se em egos controlados e disciplinados para uma sociedade de consumo de massa e padronização absoluta. Em que contexto se deu esse processo?

SOBRE O DESAMPARO DO HOMEM MODERNO

> Nós, os sem-pátria – entre os europeus de hoje não faltam aqueles que têm o direito de referir-se a si mesmos como "sem-pátria", num sentido inconfundível e honorável: é a eles que recomendo, especialmente, minha sabedoria secreta e gaia ciência. (...) Nós, filhos do futuro, como podemos nos sentir à vontade nos dias que correm? Desaprovamos todas as idéias que poderiam levar alguém a sentir-se em casa até mesmo nessa frágil e fragmentada época de transição. (...) O gelo que ainda sustenta as pessoas de hoje tornou-se muito tênue; o vento que traz o degelo já está soprando; nós mesmos, que somos os sem-pátria, constituímos uma força que rompe o gelo e outras "realidades" demasiado tênues (*The Gay Science* [A gaia ciência], 1887, n.º 377).

A modernidade não é uma nau kantiana estável, cujo piloto conhece perfeitamente bem seu rumo. Estamos num mar desconhecido, e muitos de nós estão enjoados. As massas anseiam por simplicidade e certezas; o verdadeiro intelectual está absolutamente só. Tudo ao seu redor é mediocridade e imediatismo[32]. As massas desejam o escapismo romântico, como aquele que a música de Wagner lhes oferece[33].

32. Nietzsche criou seu próprio imperativo categórico – o do eterno retorno – em contraposição a isso. Deveríamos viver e tomar decisões com as quais pudéssemos viver para sempre, como se estivéssemos condenados a repetir, o tempo todo, exatamente o mesmo curso de ação e decisão.

33. Wagner passou a representar o anseio pela afinidade romântica, pela perda do próprio espírito na estrutura de uma totalidade que arrebata o indivíduo e o leva consigo juntamente com suas formas e seus ritmos. "É caro o preço a pagar por ser discípulo de Wagner. Avaliemos o que significa tal discipulado mediante o exame de seus efeitos culturais. (...) Compreendeis isso: que a saúde e o esplendor tenham o efeito de uma sombra? Quase de uma objeção? A tal ponto nos tornamos tolos consumados – nunca houve maior mestre em aromas sombrios e hieráticos – nunca houve um homem igualmente conhecedor de pequenas infinidades, tudo que tremula e é efusivo, todos os feminismos do *idioticon* da felicidade (...). Em parte alguma encontrareis mais agradável meio de enervar vosso espírito, de esquecer vossa virilidade sob uma roseira. (...) Assim ele declara guerra a nós, a nós, os espíritos livres! Como ele se abandona a todas as covardias da alma moderna com os tons de virgens mágicas! – Nunca antes houve ódio tão terrível à busca do conhecimento! – É preciso ser cínico para não se deixar seduzir aqui; há que saber morder para não venerar aqui" (*O caso Wagner*, 1880).

Porém, adverte Nietzsche, o preço a pagar será terrível se não confrontarmos a realidade do mundo, de sangue e vontade de potência, ou se não desenvolvermos o autocontrole e a autodireção, alcançando valores que derivam não da fraqueza, mas da força pessoal. Se não adotarmos a ética da autodeterminação radical, seremos mais uma unidade do rebanho. Por prever uma sociedade de obediência servil, Nietzsche exigia uma sociedade de individualismo radical. Os nazistas apropriaram-se dele como seu filósofo oficial, mas na verdade Nietzsche advertiu o mundo de seu advento.

III. O HOLOCAUSTO: UM EXEMPLO DA MODERNIDADE LEVADA AO EXTREMO E DO EXTREMO DESENCANTO COM A MODERNIDADE

> Considerai se isto é um homem
> Que trabalha na lama
> Que não conhece paz
> Que luta por meio pão
> Que morre por um sim ou um não.
> Considerai se isto é uma mulher,
> Sem cabelos e sem nome
> Sem forças para recordar
> Vazios os olhos e frio o regaço
> Como uma rã no inverno.
> Meditai que assim aconteceu:
> Recomendo-vos estas palavras. (Primo Levi, *If This Is a Man*, [Se isto é um homem], 1947).

> Transporte de Berlim: Chegada 5.3.43. Carga Total: 1.128 judeus. Registrados para trabalhar: 389 homens e 96 mulheres. Tratamento especial [isto é, envio para as câmaras de gás]: 151 homens e 492 mulheres e crianças. Transporte de Breslau: Chegada 5.3.43. Carga total: 1.405 judeus. Registrados para trabalhar: 406 homens e 190 mulheres. Tratamento especial: 125 homens e 684 mulheres e crianças. Transporte de Berlim: Chegada 7.3.43. Carga total, incluindo 25 com prisão preventiva: 690. Registrados para trabalhar: 153 homens, 25 com prisão preventiva e 65 mulheres. Tratamento especial: 30 homens e 417 mulheres e crianças[34].

34. Essas citações apresentam dois aspectos contrastantes de Auschwitz, talvez o mais famoso dos campos de concentração. Primo Levi, jovem químico judeu-italiano, foi preso como membro da resistência e deportado para Auschwitz em fevereiro de 1944. Levi descreve o processo de desumanização e nos pede que não nos esqueçamos da desumanidade dos fatos. A segunda citação é um fragmento de registros de campos de morte (apresentado em Krausnick *et alii*, 1968) no qual se detalha a normalidade rotineira de Auschwitz (a recepção da mão-de-obra escrava e a prática de destruição humana), oferecendo assim um exemplo do "caráter mecânico, burocrático e regulador do Holocausto nazista, bem como de sua ambição prometéica" (Marrus, 1987: 22), o que assegurava que os trens nunca deixassem de correr para Auschwitz, mesmo em detrimento de outros objetivos de guerra.

INTRODUÇÃO

Três anos após a morte de Max Weber, o teórico social judeu-alemão Husserl já podia descrever a Alemanha como um país mergulhado num "caos político, nacional, religioso, artístico e filosófico" (*Hua, XXVII*, 1923: 95). A democracia pluralista da República de Weimar mostrara-se incapaz de suportar as inúmeras pressões às quais uma frágil Alemanha vinha sendo submetida; as elites dominantes foram incapazes de entender a necessidade de modernização e se fecharam em concepções tradicionais, enquanto se deparavam com a massa crescente e difusa de uma população consciente dos novos desafios, mas carente de recursos intelectuais que lhe permitisse articular suas preocupações em forma de um discurso moderno. Muitos dos partidos políticos se voltavam para programas e propostas ideológicas do período anterior à guerra, e formaram-se vários grupos independentes que se tornariam solo fértil quando os nazistas invocaram o romantismo do Reich e uma mentalidade de estatismo contra a Constituição de Weimar. Em resultado, o nacional-socialismo sob Adolf Hitler subiu ao poder no começo da década de 1930, proclamando o início do "Reich de Mil Anos", que refletiria sua representação ideológica dos "mil anos" de história alemã "pura" que fora destruída pela Primeira Guerra Mundial; seu governo provocaria a Segunda Guerra Mundial, que terminou por ver sua derrocada[35]. Um de seus legados foi o Holocausto, que para muitos assinala o fim da confiança no processo de civilização[36]. Seria possível acreditar no progresso inevitável, ou manter o compromisso com um processo de racionalidade crescente, se no fim desses processos estava o Holocausto?

Como vamos entender esse acontecimento? A singularidade do Holocausto encontra-se nem tanto no número de assassinatos (que deve ser colocado no contexto da guerra – em que houve um total de 55 milhões de mortos, aí incluídos 20 milhões

35. O poder obtido pelos nazistas é extraordinário (tendo em vista que sua investida política foram as eleições do Reichstag em setembro de 1930, quando só tiveram 6,4 milhões votos – 18,3% do eleitorado) e deve muito ao sistema de representação e ao pluralismo radical do eleitorado alemão da época. Outra fragilidade estrutural do sistema do Partido de Weimar (à parte o Partido Comunista e o Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães) era a distância que separava sua política das preocupações dos jovens. Os "partidos estabelecidos não conseguiam unir politicamente a geração ascendente cujos membros não haviam lutado a Primeira Grande Guerra. O movimento da Juventude Nacional-Socialista (Nazista) pôde, portanto, incorporar um grupo vital aos sentimentos anti-republicanos, tirando proveito do conflito entre gerações. Os líderes do partido recorreram a técnicas disciplinares e organizacionais variadas, estimulando atitudes antagônicas para com as forças que eram apresentadas como se situassem por trás da presente crise (inclusive os judeus e a falta de uma liderança firme por parte do poder estabelecido).

36. O Holocausto, ou a "solução final para o problema dos judeus europeus" refere-se à política sistemática, e burocraticamente administrada, de extermínio dos judeus europeus durante o período de dominação nazista na Europa. Essa política ceifou as vidas de 5 a 6 milhões de judeus – cerca de dois terços dos judeus europeus e um terço da população judaica de todo o mundo. Em geral se calcula que 4 milhões tenham morrido nos campos de concentração, e 2 milhões em outras partes – sobretudo por fuzilamento na União Soviética, ou de fome e doenças nos guetos do Leste Europeu.

de soviéticos, 15 milhões de chineses, 5 milhões de alemães e 3 milhões de poloneses não-judeus –, e no contexto de um século repleto de banhos de sangue, como foi o século XX), mas em seu objetivo indiscriminado de extinção e na eficiência absoluta com que se deu conta da tarefa[37]. Isaac Deutsche define o Holocausto como um evento de "absoluta unicidade"; enquanto outros massacres contêm uma certa "lógica humana", o Holocausto pode "desconcertar e aterrorizar a humanidade; (...) um imenso e sinistro mistério da degeneração do espírito humano" (citação extraída de Marrus, 1989: 8-9). Porém, ainda que se possa afirmar que o Holocausto foi único, o argumento de que se trata de um mistério é um equívoco; o Holocausto é um paradigma do desencanto com a modernidade não por representar a sobrevivência de paixões e emoções pré-modernas no meio da modernidade, mas sim por ser um reflexo das grandes narrativas de premeditação, domínio e higiene. Enquanto alguns críticos tentam isolar o Holocausto, situando-o apenas no discurso do autoritarismo ou definindo-o como resultado de uma patologia – da perversidade específica de Hitler ou dos nazistas –, alguns críticos sofisticados, como Bauman (1989, *Modernity and the Holocaust*), vêem-no como parte central do processo de modernidade[38]. O Holocausto não foi um recuo para um estado de natureza hobbesiano, mas sim um exemplo da jaula racional que, para Weber, representava a civilização moderna.

RESUMO DOS PRINCIPAIS MODOS DE VER O HOLOCAUSTO

O Holocausto tem sido visto: como produto de ideologias alemãs, particularmente de uma tradição de anti-semitismo aliada ao autoritarismo; como produto de indivíduos patológicos que ascenderam ao poder em circunstâncias únicas (os nazistas e, em particular, Hitler); mais recentemente, como um problema da modernidade, como decorrência de estruturas mentais inerentes à própria modernidade*.

37. O século XX testemunhou muitos massacres (há algumas décadas, a morte de 3 milhões de bengaleses com a criação de Bangladesh; 2 milhões de mortos numa população total de 7 milhões, no Camboja; no final do século XIX e durante a Primeira Guerra Mundial, os assassinatos em massa de populações armênias pela administração turca; e acredita-se que o ditador croata Ante Pavelic tenha ordenado os massacres que mataram cerca de 700 mil cristãos ortodoxos sérvios)

38. O Holocausto tem por premissas, simultaneamente, uma base naturalista e técnicas de cálculo, bem como a negação constante da subjetividade tanto do eu (alemães) quanto do outro (judeus, ciganos, doentes e idosos), mas também parte de premissas de progresso e administração racional.

* Em 1974, Stanley Milgram publicou *The Perils of Obedience* [Os perigos da obediência], obra em que demonstra de que forma pessoas tidas como éticas podem ser induzidas a torturar seus semelhantes devido à presença de uma figura emblemática de autoridade que comande e legitime a violência. Em suma, Milgram afirma que os seres humanos são dóceis o bastante para que muitos possam ser levados a matar ou apoiar matanças sob o comando de um "macho alfa", dissociando-se totalmente da responsabilidade pelo ato. Nosso pecado original não seria, portanto, nenhuma vontade de assassinar, mas sim a obediência. (N. do T.)

Como um problema de ideologias alemãs, particularmente da tradição de anti-semitismo

Nessa linha de argumentação, a obra mais recente é um polêmico livro de Daniel Goldhagen (1996), *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust* [Os carrascos voluntários: alemães comuns e o Holocausto]. Recorrendo a uma variedade de materiais originais – inclusive o testemunho de alguns dos próprios criminosos –, Goldhagen argumenta que as pessoas que procuravam judeus para ser enviados aos campos de concentração, bem como as que pertenciam aos esquadrões da morte e fuzilavam os judeus, não eram basicamente homens das SS ou membros do partido nazista, mas sim alemães absolutamente comuns, dos mais variados tipos; homens (e mulheres) que brutalizavam e assassinavam judeus por iniciativa e empenho próprios. Segundo Goldhagen, eles cumpriam ordens não porque eram obrigados (pois muitos eram informados por seus próprios comandantes que poderiam recusar-se a cumpri-las sem medo de retaliação), nem porque fossem servis ou submissos a tais ordens (ponto de vista defendido por Stanley Milgram em seu famoso "experimento sobre a obediência", realizado em Yale; ver Bauman 1989, capítulo 6), nem devido a uma poderosa pressão social, psicológica ou de seus próprios pares, que os forçassem a adaptar-se ao comportamento de seus companheiros. Ao contrário disso, tais pessoas agiram sob a influência de um anti-semitismo corrente, profundo, aceito e virulento, que as levou a crer que os judeus eram um inimigo demoníaco cujo extermínio não era apenas necessário, como também justo. Goldhagen se baseia em relatos de participantes nos quais se registra a banalidade e a meticulosidade das operações nos campos de extermínio, e que incluem de tudo, desde esportes e diversões até o hábito de tirar fotos dos eventos e das vítimas, fotos que posteriormente eles próprios trocavam entre si e colecionavam.

Até que ponto a tradição de escritos anti-semitas pressagia o Holocausto? Veja-se o que escreveu Klemens Felden, que realizou uma análise de conteúdo de 51 importantes escritores e publicações anti-semitas que apareceram entre 1861 e 1895 na Alemanha:

> Alguns [textos] defendem a solução simples, matar os judeus, uma vez que o dever de defender (...) "a moral, a humanidade e a cultura" exigia uma luta impiedosa contra o mal. (...) Para a maioria dos anti-semitas, a aniquilação dos judeus significaria a salvação da Alemanha. Essas pessoas estavam aparentemente convencidas de que a eliminação de uma minoria poria fim a todas as misérias e levaria o povo alemão a tornar-se, de novo, o senhor de sua própria casa (citado de Goldhagen, 1996: 71).

Vinte e oito das amostras de Felden propunham "soluções" para a questão judaica. Dentre estas, 19 pediam a eliminação física dos judeus. No final do século XIX, período de calma e civilização relativas, dois terços desses anti-semitas importantes levavam suas crenças a conseqüências lógicas extremas e propunham uma solução genocida. Dos 40 que escreveram sobre (e explicaram) seu entendimento da base corporativa da unidade judaica, apenas um via os judeus como uma comunidade puramente religiosa, e seis outros mencionavam a religião, juntamente com outros atributos, como um traço unificador da condição judaica. Por sua vez, 32 conceitualizavam a natureza dos judeus como "imutável", e 23 os apresentavam como uma raça. Ao se entender que os judeus são inalteráveis e imutáveis, não é ilógico que a solução para a "questão judaica" seja a aniquilação física: "O desejo de eliminar avançou para a tendência a exterminar. E assim aconteceu já no século XIX, antes do nascimento político de Hitler" (Goldhagen, 1996: 139)[39].

Como problema nazista ou produto do carisma de Hitler

Sem dúvida, porém, a liderança carismática de Hitler desempenhou um importante papel na criação do mecanismo concreto de destruição. Relatos de "alemães comuns", bem como de nazistas convictos, mencionam freqüentemente a crença em que o *Führer* possuía atributos mágicos, o que era reforçado pelo "princípio do *Führer*" da teoria jurídica:

> Na Alemanha, o anti-semitismo pode ter sido uma condição necessária para o Holocausto, mas não se pode vê-lo como condição suficiente. Por fim, o que fez a diferença foi Hitler e sua determinação de realizar suas fantasias anti-semitas (Marrus, 1989: 18).

Hitler freqüentemente soava como um nietzschiano exacerbado: "Na busca da autoconservação, os ideais supostamente humanitários derretem como a neve sob o sol do verão."[40]

Em *Mein Kampf* [Minha luta], Hitler (aqui citado na tradução inglesa de 1943) escreveu:

---

39. O argumento é possivelmente exagerado. A título de comparação, David Levy (1975), em *The Downfall of the Anti-Semitic Political Parties in Imperial Germany* [A derrocada dos partidos políticos anti-semitas na Alemanha imperial]), demonstra que entre 1887 e 1912 os representantes desses partidos constituíam apenas 2% dos deputados eleitos. Peter Pulzer (1964: 219; citado em Marrus, 1989: 10), porém, observa: "o declínio da virulência do anti-semitismo partidário igualava-se a sua crescente infiltração na vida social, nas organizações semipolíticas e nos grupos de pressão ideológica e econômica".

40. Ou, para citar de um discurso inédito a um grupo de cadetes em 22 de junho de 1944: "A natureza está sempre nos ensinando (...) que é regida pelo princípio da seleção; que a vitória cabe aos fortes, e que os fracos devem ir para o paredão. Ela nos ensina que o que pode parecer cruel a nós, porque nos afeta pessoalmente ou porque fomos educados na ignorância de suas leis, é muitas vezes essencial se o que se pretende alcançar é um estilo de vida superior. A natureza desconhece a noção de humanitarismo, que significa que os fracos devem, a todo custo, ser rodeados e preservados, até mesmo à custa dos fortes. A natureza não encontra na fraqueza nenhuma circunstância atenuante – ao contrário, a fraqueza exige condenação. A guerra é, portanto, uma lei inalterável de toda a vida – o pré-requisito da seleção natural dos fortes e o precedente da eliminação dos fracos. O que nos parece cruel é totalmente óbvio do ponto de vista da natureza. Um povo que não pode afirmar-se deve desaparecer e ser substituído por outro. Toda criação está sujeita a essa lei; ninguém pode evitá-la. Desde que a vida na Terra começou, a luta tem sido a essência mesma da existência" (citado de Krausnick *et alii*, 1968: 13).

> Se, no início e durante a guerra, alguém tivesse lançado gás venenoso sobre não mais que 12 ou 15 mil desses inimigos do povo, os judeus – como aconteceu no campo de batalha com centenas de milhares de nossos melhores trabalhadores dos mais variados tipos e vocações –, então o sacrifício de milhões no *front* não teria sido em vão.

Contudo, o carisma de Hitler não teria funcionado se não tivesse existido todo um conjunto de narrativas sociais e condições estruturais. Bauman (1989: 12) argumenta que o Holocausto foi "um texto raro, ainda que significativo e confiável, sobre as possibilidades ocultas da sociedade moderna". Ele sugere que

> O Holocausto resultou de um encontro único entre fatores que, em si mesmos, eram extremamente comuns e banais. Em grande medida, pode-se atribuir a possibilidade de tal encontro à emancipação do Estado político, com seu monopólio dos meios de violência e a audaciosa engenharia de suas ambições de ter sob si o controle social – seguindo o desmonte gradual de todas as fontes de poder não-político e de todas as instituições de autodomínio social (*ibid.*: xiii).

O Holocausto é tanto um reflexo de tendências da modernidade quanto um evento ímpar. Enquanto fenômeno único, não poderia ter ocorrido sem condições sociológicas específicas nas quais as modernas técnicas e tecnologias de administração racional fossem auxiliadas por um imaginário institucional político e jurisprudencial específico. Em parte, esse imaginário institucional foi fornecido por narrativas de construção social, auxiliadas por teses de teoria jurídica específicas sobre liderança, democracia e crise do liberalismo.

Narrativas de construção e a racionalidade societária da "jardinagem" e da engenharia social

Em segundo plano, havia questões de ambivalência, identidade e construção social. Nietzsche havia afirmado, em tom de zombaria, que "o que caracteriza os alemães é que, para eles, a pergunta 'o que é um alemão?' nunca desaparece". Depois das guerras de libertação, Ernst Moritz Arndt havia oferecido uma definição ambígua: "Onde quer que se ouça a língua alemã, onde quer que Deus entoe [canções] em alemão, será a isso, valoroso povo germânico, que chamarás de teu." À luz do desenvolvimento político da Suíça e da Holanda, isso já era anacrônico por volta de 1913, mas a imagem da libertação da pátria era fundamental ao apelo nazista[41]. Em-

41. Os membros da Juventude Hitlerista eram disciplinados por meio do uso de uniformes, do hasteamento de bandeiras, da participação em comemorações em homenagem a heróis e do canto. Uma canção típica da época traz os seguintes versos:

> Pátria sagrada em perigo,
> Teus filhos cerram fileiras ao teu redor.
> Antes que forasteiros roubem tuas glórias,
> Alemanha, morreremos todos por ti.

bora o escritor favorito de Nietzsche, Goethe (juntamente com Schiller) houvesse pedido que o nacionalismo fosse substituído pelo humanismo universal – "são vãs, Alemanha, tuas esperanças de te transformares numa nação; transforma-te, em vez disso, como certamente o podes fazer, mais livremente em seres humanos" –, historicamente foi o nacionalismo que se saiu vencedor. Citando Grillparzer, a verdadeira trajetória se deu "da humanidade à bestialidade, passando pela nacionalidade". Não foi coincidência que, depois de 1933, o nacional-socialismo foi alardeado como "a vontade biológica do povo alemão", ou como "biologia política". Nas palavras do historiador alemão Hans Buchheim,

> Os nacional-socialistas consideravam que seu próprio povo e, durante a Segunda Guerra Mundial, o povo europeu, haviam desperdiçado sua força; viam-nos como uma plantação cheia de erva daninha que se precisava remover a qualquer custo, isolando os "incorrigíveis", extirpando o "câncer da decadência", propagando os elementos meritórios e deixando fenecer os de menos valor, esterilizando os doentes e transplantando ou eliminando as variedades instáveis. O produto final de tal política seria uma nova comunidade européia, biologicamente sensível e bem-ordenada. (...) Esse programa seria realizado por meio da eutanásia, da deportação, da germanização e, por último porém não menos importante, da "extirpação de todas as classes de pessoas consideradas imprestáveis ou perigosas" (citado de Krausnick *et alii*, 1968: 15).

Seguindo os passos das teorias sociais darwinianas, o conceito de utilidade à sociedade (ao Estado, em última análise) servia de critério para a determinação do valor humano; em nome do progresso, as pessoas deviam ficar irrestritamente à disposição do Estado, que receberia plenos poderes de controle[42]. A política populacional dos nazistas era dominada por uma suposta "campanha de eutanásia" que envolvia um grande número de médicos dedicados à tarefa de criar uma nova raça. A concepção biomédica nazista baseava-se em idéias eugênicas comuns em boa parte do mundo ocidental na década de 1920, e representava toda a nação alemã como um organismo ameaçado por uma espécie de doença coletiva, uma ameaça potencialmen-

42. Como dizia um manual de treinamento dos SS: "Chega-se a uma posição insustentável sempre que, no Estado, a relação entre o eficiente e o ineficiente assume uma forma doentia. A nação precisa gastar muita energia e dinheiro para lidar com os deficientes, os criminosos e os anti-sociais. Se esses exemplos de hereditariedade deficiente fossem eliminados, grandes somas de dinheiro seriam poupadas e poderiam servir a outros fins mais produtivos. Um Estado responsável deve dedicar toda sua atenção aos projetos de manter e fazer prosperar os que têm boas origens. Nas sociedades primitivas, a comunidade se livra dos débeis e doentes. Nas chamadas nações civilizadas, uma falsa atitude de amor fraternal, que a Igreja tem sido especialmente zelosa em estimular entre as grandes massas, funciona em direta oposição ao processo seletivo."

Outro trecho esclarece bem a aplicação prática das teorias aceitas:

> Duas coisas são essenciais à criação e manutenção de uma raça saudável. Não apenas o fator da hereditariedade deve ser incansavelmente defendido; é preciso, também, criar um meio ambiente favorável a essa "raça". Isso só pode ser alcançado se a comunidade toda se alinhar conscientemente a esse princípio (o princípio da reprodução sadia), e se cada um de seus membros conduzir sua vida de acordo com tal perspectiva (citado de Krausnick *et alii*, 1968).

te fatal a uma sociedade que fora saudável no passado. A tarefa nazista consistia em fortalecer o povo alemão ao eliminar todas as fontes de corrupção – que era associada sobretudo aos judeus, mas evidentemente também aos deficientes mentais, aos doentes incuráveis e aos loucos. As teorias nazistas cunharam o termo "biocracia" para denotar um modelo semelhante à teocracia, um Estado comprometido com a purificação e a revitalização, seguro como se uma força divina dirigisse seus atos.

Começando com as crianças, os nazistas estimularam e dirigiram um programa de assassinato sistemático das que apresentassem deficiências físicas ou mentais, terminando por usar câmaras de gás para livrar o Reich das que fossem consideradas "indignas de viver". Os cálculos aproximados do número de mortos são incertos – em parte devido ao fato de que muitos médicos eram autorizados a prosseguir com o sistema depois que a campanha foi oficialmente interrompida –, mas em geral se admite que o total de mortos ficou entre 80 e 100 mil. Essa técnica foi precursora da "solução final"; instituiu o assassinato organizado das pessoas como parte de suas operações, concentrando-se sobretudo nos judeus, e desenvolveu métodos de matar e treinar pessoal que terminariam por organizar muitos dos campos de concentração do Ocidente europeu.

Ainda que as idéias sociais darwinistas tenham servido para intensificar as concepções anti-semíticas, é preciso lembrar que o anti-semitismo organizado deu sinais de enfraquecimento no período que antecedeu a Primeira Guerra Mundial. A partir de 1916, o anti-semitismo se tornou mais intenso à medida que a situação militar e econômica se deteriorava, particularmente depois do colapso militar de 1918. Vastos segmentos da população alemã acreditavam, erradamente, que tudo ia bem com o esforço de guerra até o colapso final, o que levou a uma busca de algum fator oculto que servisse de causa. A derrota militar, a queda da monarquia, a depressão econômica, os julgamentos da política interna e externa numa democracia "importada", a relutância de muitas pessoas em tentar entender os avanços mais recentes e aceitá-los – tudo isso foi um solo fértil para a mensagem de Hitler.

A retórica do *Führer* enfatizava o perigo coletivo e a necessidade de distinguir os amigos dos inimigos[43]. Hitler já havia esclarecido a "base intelectual-racional" de seu anti-semitismo, e de que modo pretendia alcançar seu objetivo, numa carta de 16 de setembro de 1919:

> O anti-semitismo como movimento político não pode nem deve basear-se em emoções fugidias, mas sim na aceitação de um fato – e esse fato é que o judaísmo é uma questão de raça, não de religião. (...) Um anti-semitismo razoável (...) deve levar a uma campanha sistemática e legítima que vise à eliminação dos privilégios dos quais os judeus desfrutam – ao contrário de outros estrangeiros que vivem entre nós, que se submetem às leis aplicadas aos estrangeiros. O objetivo final desse anti-semitismo deve ser, inquestionavelmente, a expulsão dos judeus.

43. Como ele declarou expressamente num discurso de 13 de agosto de 1920, dominado pela "questão judaica": "Estamos convencidos de que nosso guia deve ser o anti-semitismo, que reconhece claramente o terrível perigo que a raça representa para nosso povo; as grandes massas, que irão sempre reagir emocionalmente, devem ser inicialmente conscientizadas sobre o judeu como a pessoa que, na vida cotidiana, está sempre e por toda parte abrindo caminho à força – nossa tarefa deve consistir em despertar o instinto das massas contra os judeus, incitá-lo e mantê-lo em ebulição até que se decida a apoiar o movimento que está pronto para assumir as conseqüências" (citado em Krausnick *et alii*, 1968).

No manifesto do partido nazista de 24 de fevereiro de 1920, o objetivo de Hitler acima citado tornou-se a posição oficial, como o especificam os pontos 4 e 5:

> Ponto 4: A cidadania de Estado só pode ser reivindicada pelos nativos, e somente aqueles de sangue alemão, a despeito de crença religiosa, são considerados nativos. Portanto, nenhum judeu pode ser nativo.
>
> Ponto 5: Os que não têm cidadania de Estado só podem viver na Alemanha como visitantes, e devem submeter-se às leis que se aplicam aos estrangeiros (citado de Krausnick *et alii*, 1968: 21).

Tanto o direito positivo quanto a regulamentação governamental tornaram-se instrumentos dessa política.

O USO DO DIREITO PARA TRANSFORMAR OS JUDEUS EM MATERIAL SUBUMANO

O uso do direito fazia parte do que Goldhagen chama de tríplice ataque à existência social dos judeus, envolvendo a propaganda anti-semítica, os maus-tratos físicos e a separação legal. O objetivo consistia em transformar os judeus em "seres socialmente mortos, seres perante os quais os alemães tinham poucos deveres morais, ou nenhum, e que eram tidos em conta de pessoas totalmente desprezíveis, na verdade incapazes de qualquer honra" (Goldhagen, 1996: discussão 137 ss.).

Uma das estratégias era uma campanha publicitária sobre os judeus cujo tema era a apresentação destes como criaturas subumanas que eram a fonte do mal. Essa "violência verbal contra os judeus" ajudou a transformá-los em seres de menor importância social, preparando os alemães para medidas de eliminação ainda mais drásticas e, ao induzir os judeus a emigrar, a reduzir sua influência.

Uma segunda estratégia era a agressão física concreta aos judeus. O regime perpetrava, estimulava ou tolerava a violência contra eles (desde ataques físicos a qualquer momento e degradação ritualística, por parte de funcionários locais, até, em alguns casos, campanhas de violência e terror organizadas pelo governo e, por último, o encarceramento nos campos de concentração). Essas demonstrações indicavam que os judeus não eram membros da comunidade moral, e que ninguém devia ter para com eles os sentimentos normais de solidariedade e compaixão. As agressões também sugeriam o horrível destino que talvez aguardasse os judeus.

Por trás desse pano de fundo, estava em pleno andamento uma separação social cada vez maior, jurídica e administrativamente aprovada, entre judeus e alemães. Goldhagen refere-se a esse fato como

> (...) O equivalente não-verbal que mais se aproximava da violência física; ao contrário da maioria das medidas contra os judeus que vieram a adotar, os alemães puseram isso em prática quase a partir do momento em que os nazistas chegaram ao poder, e nunca aplacaram esse programa, que na verdade intensificaram ao longo das décadas de 1930 e 40. O progresso da exclusão gradual e sistemática dos judeus de todas as esferas da sociedade – política, social, econômica e cultural – era tão doloroso quanto era punitiva a opressão em que os mergulhava (*ibid.*: 139).

Goldhagen relata que os alemães começaram a excluir os judeus das atividades governamentais uma semana depois do boicote de 1º de abril de 1933, por meio da Lei de Restauração do Funcionalismo Público de 7 de abril, e eles também foram afastados de muitas profissões nas semanas que se seguiram. A exclusão dos judeus da economia prosseguiu nos primeiros anos do regime, do modo como a saúde financeira do regime o permitia, e intensificou-se em 1938. Em 22 de setembro de 1933, os alemães afastaram os judeus das esferas culturais e da imprensa, que muitos consideravam especialmente envenenadas por eles. Em seguida, a administração nazista proscreveu praticamente todos os aspectos das relações gerais entre judeus e alemães, assim como importantes práticas religiosas judaicas, publicando um dilúvio de leis restritivas que determinavam o que os judeus podiam ou não fazer. Essas leis proibiram o abate ritual logo depois de iniciada a era nazista em 22 de abril de 1933, algo que, por se tratar de uma prática definidora do povo judaico, só podia ser entendido como uma declaração de que a condição judaica era uma violação da ordem e das normas morais da sociedade. Quase 2 mil leis e normas administrativas foram criadas para degradar e tornar ainda mais miseráveis os judeus alemães.

O historiador Michael Marrus (1989: 27) argumenta que a resposta legal mediou tendências contrastantes para com os judeus por parte dos nazistas, logo depois de estes terem chegado ao poder. Por um lado, membros de tropas de assalto em uniforme pardo e ativistas do partido engajaram-se em agressões físicas aos judeus; por outro, conquanto quisessem ver os judeus excluídos da sociedade alemã, elementos mais conservadores do movimento nazista preocupavam-se com possíveis danos à economia e à reputação internacional da Alemanha. O direito fornecia os mecanismos para se direcionar a perseguição "a partir do centro", com as leis de Nuremberg de setembro de 1935 estabelecendo a estrutura jurídica para que uma campanha de "arianização" organizasse o confisco das propriedades judaicas. A "legalidade" das medidas assegurava que os setores da população que se opunham aos nazistas podiam sentir-se confortáveis diante as campanhas. O historiador alemão Christof Dipper conclui que entre a maioria dos adversários conservadores dos nazistas "a privação burocrática e pseudojurídica que se praticou contra os judeus até 1938 era tida como aceitável" (citado de Marrus, 1989: 91). De que modo reagiriam os funcionários públicos, inclusive as autoridades judiciais? Os nazistas promulgaram uma lei para os funcionários públicos que prescrevia claramente a lealdade de todos eles.

Junto com os decretos subseqüentes, as leis de Nuremberg definiram o que era um judeu e estabeleceram um claro entendimento nacional sobre quais pessoas deviam submeter-se aos decretos e leis que regulamentavam a vida dos judeus. Os critérios de definição baseavam-se essencialmente no sangue, não na identidade religiosa. A legalidade alemã (nazista) considerava como judias as pessoas que (devido às conversões de seus pais) eram cristãs se uma parte indispensável de seus ancestrais fosse judaica – pouco importando se não tivessem nenhuma identificação psicológica, ou de outra natureza social, com coisas judaicas. As leis de Nuremberg também privavam os judeus de cidadania e proibiam novos casamentos e relações sexuais extraconjugais entre judeus e não-judeus. A lei era ao mesmo tempo instrumental e expressiva; suas classificações simbolizavam e expressavam a tese da diferença e da inferioridade. As leis, os regulamentos e as medidas da década de 30 roubaram aos judeus seus meios de subsistência, empobreceram-nos e desmoralizaram-nos, isolando-os do conjunto da sociedade em cujo âmbito moviam-se livremente até bem poucos anos. Tornaram os judeus socialmente mortos, transformando-os num material subumano, ervas daninhas que precisavam ser arrancadas do jardim.

O PAPEL DA TEORIA JURÍDICA NA CRIAÇÃO DO IMAGINÁRIO INSTITUCIONAL DA ERA NAZISTA: O EXEMPLO DE CARL SCHMITT

A legalidade do governo do Terceiro Reich decorria do sistema institucional da República de Weimar que o precedeu. Hitler foi eleito *Reichskanzler* [chanceler do Reich] em 1933, de acordo com a Constituição de Weimar, e depois de uma série de incidentes dramáticos (provavelmente instigados pelos nazistas, culminando no incêndio do edifício do *Reichstag* [Parlamento] em fevereiro de 1933), o já idoso presidente von Hindenburg – colocado sob extrema pressão – concordou que o momento era de emergência nacional e atribuiu a Hitler, na condição de *Reichskanzler*, poderes para governar por decretos de emergência. Esses poderes foram confirmados e consolidados por uma votação no *Reichstag* no dia 24 de março, e desde então foram renovados a cada quatro anos pelo *Reichstag* nazista.

O nacional-socialismo alemão tinha um forte núcleo ideológico que enfatizava o destino histórico e a necessidade de uma liderança forte. Sejamos claros: o Estado nazista opunha-se expressamente à tradição de liberalismo enquanto tema organizador de discursos constitutivos da modernidade. O liberalismo parece negar a necessidade de unidade expressiva e a identificação entre povo e Estado (a Constituição legal)[44]; ao contrário, o corpo social é cada vez mais representado como um cer-

44. Ainda que, como neste livro se discute a propósito de John Stuart Mill e em capítulos posteriores, o liberalismo se fundamente numa identificação tácita com o povo e possa ser reformulado em termos positivos, isto é, como uma tese sobre o bem-viver.

to número de esferas econômicas, políticas, científicas, éticas, religiosas e culturais relatamente autônomas, diferenciando-se mutuamente e capazes de autodireção se deixadas em mãos da "livre" interação dos indivíduos que delas participam. Para a narrativa liberal da modernidade, a liberdade (social) encontra-se na própria diferenciação dessas esferas, e o Estado não deve tentar submetê-las a formas de dominação ou governo corporativo (como no fascismo e no marxismo). Ao contrário disso, o nazismo concebia o Estado como um corpo coletivo com uma hierarquia de estruturas autoritárias administradas por membros do partido, com um líder forte à frente. A idéia tinha por alvo o "domínio racional" do destino da nação e do povo, o princípio político fundamental era o da liderança, e cabia ao líder levar a nação a seu destino. Em essência, enquanto o liberalismo implicava que a questão mesma era perigosamente mal interpretada, o nacional-socialismo pretendia responder à pergunta "Como proceder a uma determinação coletiva dos objetivos do empenho humano?" ao encarnar e reduzir a vontade geral do povo à vontade do partido e, em última instância, à vontade do líder. A vontade deste é, portanto, a fonte original de legitimidade para a ordenação (para o direito). O princípio de liderança, ou *Führerprinzip*, determinava que cada nível da hierarquia era subordinado ao próximo, acima, com Hitler no ápice. A vontade do líder não pode sujeitar-se a nenhuma limitação constitucional, uma vez que é, em última análise, a base dessas práticas formais, e o governo por meio do direito positivo (conforme determinado pelo Legislativo de Estado) era apenas um dentre vários expedientes de regulamentação que podiam expressar a vontade do líder e do partido.

A crítica de Carl Schmitt da democracia parlamentar da república da década de 1920

Carl Schmitt[45], o teórico católico (e posteriormente nazista) do direito, foi um crítico implacável das primeiras tentativas modernas de criar a democracia liberal. Seu famoso livro *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1923), cujos temas foram retomados de outra obra sua, *Political Romanticism* (1919), baseava-se em sua teoria de uma oposição entre liberalismo e democracia. A natureza contraditória da moderna democracia de massas devia-se à oposição entre certas implicações inerentes à natureza prática da democracia e aquelas do liberalismo.

Schmitt define a democracia como o princípio de que os iguais devem ser tratados igualmente, o que, em sua opinião, implica necessariamente que os desiguais não devam ser tratados com igualdade. Como, então, pode haver coerência numa sociedade formada por uma pluralidade de grupos e interesses? A resposta de Schmitt é desagradável: a democracia requer homogeneidade, o que só existe a partir da eliminação da heterogeneidade. Sua afirmação é simples: para que as democracias existam, devem excluir tudo que ameace sua homogeneidade. Por outro lado, o liberalismo oferece a idéia da igualdade de todas as pessoas enquanto pessoas, mas Schmitt acredita que esse princípio não passa de uma ética humanitária individualista, não tendo força suficiente para servir de base à organização política. Uma vez que se defina a democracia desse modo, segue-se que procurar uma democracia de seres humanos equivaleria a impor uma igualdade absoluta às pessoas – uma padronização –, o que as privaria da diferença e da individualidade, destruindo sua criatividade. O sufrágio universal e igual só é possível numa sociedade de iguais, uma vez que é somente quando essa homogeneidade natural fornece as bases que os direitos iguais fazem sentido. Desse modo, Schmitt racionaliza a oposição inclusão/exclusão, tão central às "democracias" dos primórdios da modernidade. Schmitt explicou que, na prática, uma filosofia da igualdade humana universal legalista, juntamente com sua teoria jurídica dos direitos iguais, depende da exclusão daqueles que não pertenciam ao Estado.

Schmitt, portanto, concebe a democracia como um meio de responder a questões de legitimação e governo. A modernidade envolve o processo por meio do qual a humanidade assume o controle do mundo, submete-o à análise e, de modo construtivo, cria uma nova ordem mundial. Até que ponto a nova ordem (ordenação) precisa de justificação? Estão em jogo apenas aqueles aspectos da ordem social diretamente atribuíveis à construção e constituição através de normas deliberadamente instituídas?[46] Neste caso negamos que os resultados das "ordenações ocultas", como o mercado, precisem de legitimação (por serem vistas, de certo modo, como "naturais"), enquanto o direito fica exposto a uma pesadíssima exigência de legitimação? Quanto controle é desejável? Ou viável? Schmitt – por força de sua metafísica católica, com sua ideologia implícita de um cosmo sujeito, em última instância, ao controle de Deus e do homem em seus domínios respectivos – não pode oferecer a abertura do liberalismo como resposta. Em vez disso, a democracia é vista como o movimento que assegura o controle do corpo social deve ser exercido pelo povo, e esse controle deve ser abrangente. Porém, como pode esse controle ser funcional, e como pode a democracia ser possível se não existe um conjunto comum de valores políticos em suas bases? Numa leitura limitada dessa questão, Schmitt argumenta que a moderna democracia de massas confunde o desejo liberal de igualdade humana e a exigência nuclear da forma política democrática que nos permita identificar, em conjunto, governados e governantes. Assim, dizia ele, havia encontrado a razão pela qual a democracia liberal na Alemanha estava em crise; em parte, isso se devia a uma confusão entre análise política e filosofia jurídica, por um lado, e desejo social e *páthos* humano por outro. Enquanto o individualismo liberal é, em essência, um desejo moral, a tarefa de governar a sociedade

45. Carl Schmitt era um ano mais velho que Hitler, mas sobreviveu a ele, tendo falecido em 1986 aos 97 anos de idade. Seus escritos provocativos constituíram uma divisão intelectual básica para a reflexão intelectual alemã.

46. O direito positivo, definido como ordens do centro político na opinião de Austin; mais claramente, normas jurídicas segundo Weber e Kelsen.

– inclusive uma democracia – exige sentimentos ditados fundamentalmente por ideais políticos e guiados por uma rigorosa análise filosófica.

Schmitt afirma que a luta do século XIX contra o absolutismo real e o objetivo de criar uma identidade nacional haviam impedido que a contradição entre liberalismo e democracia se revelasse abertamente. Contudo, a crise que a república alemã vinha enfrentando era, em sua base, a inevitável contradição dos desejos de individualismo liberal e da necessidade de homogeneidade democrática.

A democracia parlamentar continha objetivos irrealizáveis, e os regimes que foram estabelecidos em seu nome eram uniões instáveis entre dois princípios políticos completamente heterogêneos. Um desses princípios era a identidade entre povo e Estado inerente à forma democrática de governo; outro era o modo absolutista de representação específico da monarquia. Schmitt desancava a República de Weimar como um frágil sistema híbrido produzido pelo meio-termo que a burguesia liberal conseguiu estabelecer entre a tradição histórica de monarquia absoluta e a luta pela democracia proletária a fim de aglutinar dois princípios opostos de governo em forma de um edifício impotente[47]. Enquanto democracia, a democracia de massas dos primórdios do século XX tenta concretizar uma identidade de governados e governantes, e desse modo coloca como anacrônica a instituição do Parlamento representativo. Se a identidade democrática for levada a sério, numa emergência nenhuma outra instituição constitucional pode satisfazer o critério único da vontade do povo, seja qual for sua forma de expressão. Particularmente, em tempos de crise, o Estado deve ser capaz de agir rápida e decisivamente; o poder deve incorporar-se à pessoa do líder[48]. Somente assim o amigo de uma nação pode ser claramente diferenciado do inimigo, para que se possa tomar o devido curso de ação.

O HOLOCAUSTO COMO PARTE DA RACIONALIZAÇÃO GERAL DA MODERNIDADE

Social e politicamente, portanto, o Holocausto fez parte de um processo no qual um corpo coletivo (o Estado nazista) dedicou-se ao problema de construir uma nova

47. Entre os países industrializados, a Alemanha tinha uma constituição política única. Na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, uma classe média política e economicamente poderosa (e quase sempre liberal) havia levado a uma combinação entre unidade nacional e liberdades civis, mas a Alemanha se fundara sobre os fragmentos que a Guerra dos Trinta Anos e a paz de Westfália haviam deixado para trás do "Sacro Império Romano da Nação Alemã". Não admira que Hegel tenha celebrado o advento de Napoleão, uma vez que este permitiu o primeiro desenvolvimento do império originário da Idade Média, no sentido da soberania do Estado. O Estado alemão, porém, era constituído por uma multiplicidade de Estados de porte médio, o que dificultava a prática de uma ação coesa.

48. Se os preconceitos históricos da classe média alemã (a *Bürgertum*) foram formados por alguma experiência, esta foi sem dúvida a tradição, no século XIX, de configurar o nacionalismo alemão "a partir de cima", particularmente através do princípio do "primado da política externa", que em última instância assumiu a forma de guerra, ou de "sangue e ferro".

sociedade em face das múltiplas pressões da média modernidade. Com o desaparecimento das antigas certezas, era preciso reconstruir tudo de novo através da organização, mas isso não seria feito dentro do padrão liberal (ideal) das práticas autodeterminadas ligadas apenas pela interação funcional e pela livre comunicação; ao contrário, estava em jogo um processo de tomada central de decisões e de comunicação a partir do centro (a propaganda). Para usarmos as palavras de Wagner (1994: 69), essa forma de organização significava hierarquização, e esta significava exclusão. Aqueles que se encontrassem no fundo ou às margens do domínio das práticas organizadas freqüentemente sofriam mais do que antes. Para pôr esse processo em prática, os recursos tecnológicos estavam à mão.

> [Auschwitz] era também uma extensão rotineira do sistema fabril moderno. Em vez de produzir bens, a matéria-prima eram seres humanos e o produto final era a morte; o número de unidades diárias era cuidadosamente registrado nos gráficos de produção. As chaminés, símbolos do sistema fabril moderno, lançavam uma fumaça acre produzida por carne humana queimada. A perfeita organização da moderna rede ferroviária européia levava um novo tipo de matéria-prima para as fábricas. E o fazia como se transportasse qualquer outro tipo de carga. Nas câmaras de gás, as vítimas inalavam um gás venenoso que em geral provinha de cápsulas de ácido cianídrico produzidas pela indústria química alemã avançada. Engenheiros projetaram os crematórios; administradores conceberam o sistema burocrático que funcionava com um dinamismo e uma eficiência que deixariam com inveja as nações mais atrasadas. O próprio plano geral era um reflexo do moderno espírito científico às avessas. O que ali se via era nada menos que um gigantesco esquema de engenharia social... (Feingold, citado em Bauman, 1989: 8).

Bauman vai direto ao ponto:

> A verdade é que cada ingrediente do Holocausto – todas as muitas coisas que o tornaram possível – era normal; normal não no sentido do conhecido, de mais um espécime numa grande classe de fenômenos há muito tempo descritos em todos os seus aspectos, explicados e conciliados (ao contrário, a experiência do Holocausto era nova e desconhecida), mas no sentido de estar em conformidade com tudo que sabemos sobre nossa civilização, seu espírito condutor, suas prioridades, sua visão de mundo imanente – e de observar as maneiras ideais de buscar a felicidade humana juntamente com uma sociedade perfeita (1989: 8).

O DISCIPLINAMENTO DOS GUARDAS DOS CAMPOS E DOS HOMENS DAS SS

O Holocausto não poderia ter ocorrido sem a destruição das qualidades de solidariedade e empatia que Hume e outros entendiam como bases da vida moral. Propaganda, direito e prática de desumanização – tudo tinha um papel a desempenhar. Em primeiro plano – nas pessoas (isto é, nas mentes e nos corpos) daqueles que ad-

ministravam os campos de morte e participavam dos fuzilamentos –, a disciplina predominante passava do exército para o corpo social, como indicara Weber. Administrar os campos, tão decisivos para a "solução final", era privilégio das SS. E o homem das SS não era uma excrescência patológica; era um sujeito disciplinado de uma modernidade parcial. Para chegar a esse indivíduo disciplinado, o treinamento militar baseado na "dureza" degenerou num sistema desumano de humilhação de uma pessoa[49]. As humilhações às quais o recruta das SS era submetido eram semelhantes àquelas impostas aos reclusos de um campo de concentração (exemplos apresentados e discutidos em Krausnick *et alii*, 1968: 340-1). A disciplina levava à obediência através da brutalidade. A solução final permitia pouca iniciativa ou compaixão pessoal[50]. O sucesso da solução final exigia o disciplinamento de seus operadores; para os casos de indisciplina, de rompimento das normas assim criadas, havia o direito nazista[51].

Com o passar dos anos, desenvolveu-se nas SS uma inextricável confusão de regras e regulamentos "normais" ou "oficiais", e "não-normais" ou "não-oficiais", sendo ambos freqüentemente aplicados a casos idênticos; regulamentos normais e aparentemente oficiais eram emitidos por razões técnicas, organizacionais ou disciplinares, ou para conferir substância ao sonho da ordem da cavalaria; por outro lado, objetivos políticos compatíveis com regras não-normais foram estabelecidos e alcançados, trazendo consigo a necessidade de passar por cima de todas as regulamentações normais que se apresentam. Em muitos casos, porém, fez-se uma tentativa de dar às medidas extraconstitucionais alguma forma de camuflagem jurídica; por fim, tornou-se prática corrente dar às autoridades das SS os direitos e prerrogativas das instituições oficiais do Estado, a fim de ajudá-las a alcançar algum objetivo não-oficial. Em 1937, por exemplo, na condição de inspetor dos campos de concentração, Eicke proibiu que os prisioneiros fossem maltratados pelos guardas, afirmando:

> Ainda que, como nacional-socialista, eu me solidarize naturalmente com esse tipo de ação, não posso e não devo tolerar tal comportamento; de outro modo, estaremos correndo o risco de ser acusados, pelo Ministério do Interior do Reich, de incapazes para lidar com prisioneiros (citado em Krausnick *et alii*, 1968: 353).

A cada três meses, os membros das unidades de guarda tinham de assinar uma declaração de que estavam cientes de que não deviam maltratar os prisioneiros; todavia, as ações arbitrárias e a crueldade eram práticas comuns e sistemáticas. Os campos de concentração criavam um terreno em que ação e comportamento *regulamentar* e *não-regulamentar* se sobrepunham. Pertenciam ao âmbito da autoridade especial; não obstante, todos os tipos de regras aparentemente normais eram neles impostas, sem que também se criassem salvaguardas que protegessem os reclusos. Os prisioneiros mais importantes eram até certo ponto protegidos contra atos arbitrários praticados pelos guardas, mas a qualquer momento uma pessoa poderia ver-se removida para a massa sem rosto dos prisioneiros que não contavam com proteção alguma (ver relato de Primo Levi [1987] em *If This Is a Man* e *The Truce* [A trégua]).

A FILOSOFIA DO DIREITO E A REAÇÃO AO REGIME NAZISTA E AO HOLOCAUSTO

É difícil compreender o choque existencial ocasionado pela derrocada dos *Mil anos de Reich* e pela conseqüente descoberta das atrocidades praticadas em seu nome. Como diz Wallershoff (1985: 340), para a juventude alemã que acorrera aos campos de batalha por acreditar que o momento lhes oferecia uma oportunidade histórica de grandeza e pureza, só restaram o choque e o pesar: "Todos os sacrifícios e sofrimentos dessa guerra não tinham sido apenas em vão, mas igualmente absurdos e falsos. Não havíamos apenas perdido, mas também lutado por uma causa vil."

Na esfera da filosofia do direito, o choque dizia respeito à relatividade do direito e dos conceitos jurídicos. O direito positivo foi exposto como o instrumento muito fácil de uma justificativa para legislar que obtivera poder ideológico. Era difícil fugir

49. Os campos de concentração e o tratamento dispensado a seus prisioneiros começaram como uma forma de militarismo – pelo menos até 1942, quando os campos se tornaram definitivamente instituições de trabalho forçado. Antes disso, o objetivo aparente desses campos era a reeducação dos adversários políticos do nazismo, e os homens das AS (tropas de choque) e das SS (tropas de elite) que os dirigiam praticavam treinamento militar com os prisioneiros.

50. Outro exemplo da centralidade da disciplina racional é uma ordem emitida por Himmler em 16 de agosto de 1935, proibindo atos individuais independentes contra os judeus: "1. Qualquer ato individual independente contra os judeus por qualquer membro das SS é expressamente proibido. 2. A solução do problema judaico, bem como de quaisquer outros problemas, diz respeito ao *Führer*, e não a indivíduos isolados. 3. Qualquer contravenção desta ordem, inclusive a menor delas, será punida com a expulsão das SS."

51. Em 9 de junho de 1943, as SS e o Tribunal de Polícia julgou um *SS-Untersturmführer* que, em circunstâncias atrozes, assassinara centenas de judeus com as próprias mãos. Eis os termos do julgamento: "O acusado não deve ser punido por suas ações contra os judeus enquanto tais. Os judeus devem ser exterminados, e não é preciso derramar lágrimas por nenhum dos que foram mortos pelo acusado. Embora o acusado devesse ter conhecimento de que a aniquilação dos judeus é trabalho de comandos especialmente formados para este fim, conta a seu favor o fato de ter se sentido competente para participar da aniquilação dos judeus. O motivo principal que levou o acusado a agir desse modo foi o ódio genuíno que ele sente pelos judeus. Não obstante, em Alexandria ele cedeu à tentação de praticar atrocidades indignas de um alemão ou de um comandante das SS. Tais excessos não podem ser justificados pela afirmação, como a que fez o acusado, de que elas são uma recompensa justa pelos prejuízos que os judeus causaram ao povo alemão. Por mais necessária que seja a aniquilação do maior inimigo de nosso povo, não é costume dos alemães recorrer a métodos bolchevistas para levá-la a cabo. E os métodos adotados pelo acusado se assemelham muito aos do bolchevismo. O acusado permitiu que seus homens se brutalizassem a tal ponto que, seguindo seu exemplo, agiram como uma horda de bárbaros. O comportamento do acusado constitui o mais grave dos riscos imagináveis que a disciplina pode correr. Ainda que, em outras circunstâncias, o acusado possa ter cuidado de seus homens, seu comportamento constitui um abandono grosseiro de seu dever enquanto líder, parte do qual, aos olhos das SS, consiste em preservar o padrão moral de seus homens. Por essa razão, portanto, o acusado tornou-se passível de punição nos termos do parágrafo 147 do Código de Direito Militar. A sentença máxima prevista por tal parágrafo, contudo, é de 15 anos de prisão; tendo em vista que tamanha infração da disciplina pede uma sentença mais severa, deve-se aplicar o parágrafo 5A do Código Especial de Punição em Tempo de Guerra" (extraído de Bachheim, "Command and Compliance", em Krausnick *et alii*, 1968: 251-2).

ao fato de que, de uma perspectiva jurídico-positiva, os decretos promulgados pelos nazistas configuravam um direito válido. Mesmo o Holocausto tornou-se uma possibilidade jurídica amparada pelo fato de ter sido praticado em nome do bem (nazista). Revendo a experiência do Holocausto, a escritora judia Hannah Arendt (1963) cunhou a expressão "a banalidade do mal", com o que pretendia dizer que o regime nazista fora produto de modernas estruturas e constelações políticas que – usando todos os recursos do Estado moderno – se mostraram capazes de justificar a escravidão e a opressão em nome do que seria, supostamente, um bem comum. A imagem legal do positivismo jurídico havia ajudado a fazer da perversidade do regime nazista uma banalidade paulatinamente aceitável? Num exercício de meditação pessoal, o teórico alemão Gustav Radbruch aparentemente pensava assim (*cf.* discussão em Pock, 1962).

Radbruch adotara o positivismo jurídico em grande parte por acreditar – juntamente com a maioria dos teóricos alemães, como Kelsen (ver discussão nos capítulos 12 e 14 deste livro) – na relatividade dos valores reivindicados em nome da justiça. Num artigo publicado depois da guerra, Radbruch explicou sua posição do modo como a apresentamos a seguir. O direito é um conjunto de regras gerais que se ocupam da vida de todos os homens, e que tem por objetivo geral a busca da *justiça*; ocorre, porém, que a justiça é um conceito indeterminado. A justiça exige que os iguais sejam tratados igualmente e que os diferentes sejam tratados diferentemente, mas isso, por sua vez, (i) requer um padrão que nos permita avaliar o que é igualdade e diferença, e (ii) a justiça nada diz sobre o tipo de tratamento prático a ser dispensado aos indivíduos. Portanto, é preciso complementá-la com outros conceitos essenciais, e Radbruch propõe dois: *expediência* e *certeza legal*.

Para legitimar um sistema jurídico flexível, precisamos levar em consideração a expediência (ou a promoção de um objetivo concreto). Que tipo de objetivos ele considera? Radbruch propõe o objetivo de criar condições que aumentem a possibilidade do desenvolvimento da personalidade humana individual (individualismo), a busca do poder e da glória nacionais (supra-individualismo) ou a promoção da civilização e das obras culturais (transpersonalização). A escolha era questão de preferência. Todavia, para impedir que a ordem jurídica se tornasse ineficiente devido ao conflito de opiniões sociais e políticas, o certo e o errado devem ser determinados com autoridade, e desse modo a justiça e a expediência precisam ser complementadas pela idéia de certeza jurídica. Tal certeza requer a elaboração e a manutenção, pelo Estado, de uma ordem jurídico-positiva obrigatória; e isso deve ser feito por uma instância capaz de levar a cabo aquilo que determina" (1950: 108).

Cada elemento é exigido pela ordem jurídica, mas cada um leva para direções opostas. A certeza jurídica, por exemplo, requer leis fixas e estáveis, enquanto a justiça e a expediência exigem que o sistema se adapte facilmente a novas circunstâncias sociais e econômicas. Não existe uma fórmula absoluta por meio da qual se possa chegar ao devido equilíbrio. Antes da Segunda Guerra Mundial, Radbruch favorecia a certeza jurídica: "É mais importante pôr fim à discussão sobre concepções

jurídicas do que determiná-la de modo justo e expediente" (*ibid.*: 108). Após o colapso do Terceiro Reich, Radbruch passou a argumentar que o positivismo jurídico deixara os juristas alemães indefesos contra os nazistas, e que o direito devia atender a certos postulados absolutos a fim de tornar-se direito no sentido pleno do termo. Em particular, o direito exige algum reconhecimento da liberdade individual, e uma ordem jurídica que negasse totalmente os direitos individuais seria "um direito absolutamente falso" (1947: 27). Todavia, a nova fórmula de Radbruch para chegar a um equilíbrio entre justiça, expediência e certeza jurídica nada mais era que uma revisão moderada[52]. O direito natural era apenas um recurso para emergências.

A legitimação dos julgamentos de Nuremberg

Que respostas dariam os Aliados vitoriosos? Que políticas iriam implantar? Embora as medidas tomadas para processar os líderes alemães por crimes de guerra depois da Primeira Guerra Mundial tivessem se mostrado ineficazes ou contraproducentes[53], decidiu-se criar um foro legal para haver-se com os nazistas que haviam sido presos. Porém, enquanto o discurso dominante para consumo público remetia à ideologia do estado de direito, os objetivos dos julgamentos de Nuremberg não se limitavam a simplesmente punir a liderança nazista. Havia outros interesses em pauta:

(i) A criação de um precedente que estabelecesse a "guerra de agressão" como crime internacional;

(ii) a criação de um registro abrangente das atrocidades da Alemanha nazista;

(iii) um meio de restabelecer o princípio geral de direito na Alemanha através do uso do processo judicial. (Memorando do juiz Jackson, em Harris, 1988: 867).

Entre os aliados, porém, não havia uma posição consensual.

---

52. "Deve-se privilegiar o domínio do direito positivo, sustentado como este é pela justa elaboração das leis e pelo poder do Estado, mesmo quando esse domínio for injusto e contrário ao bem-estar geral, a menos que a violação da justiça se torne tão intolerável que as regras se tornem, de fato, um "direito sem lei" e devam, portanto, capitular diante da justiça" (*Rechtsphilosophie*, 4ª ed., 1950: 353).

53. Nos termos do tratado de paz de Versalhes de 1919, acordou-se que o Kaiser Guilherme II seria julgado por um tribunal internacional especialmente constituído, e que a Alemanha aceitava o direito dos Aliados de levar a julgamento, perante tribunais militares nacionais ou internacionais, pessoas acusadas de ter praticado atos em violação do direito ou dos costumes de guerra, bem como um compromisso do governo alemão de entregar tais pessoas a julgamento. O ex-Kaiser tinha fugido para os Países Baixos, que se recusavam a extraditá-lo. Depois que o governo alemão interrompeu a publicidade dos nomes dos indivíduos acusados de crimes de guerra, os Aliados concordaram em permitir que os casos fossem julgados pela Suprema Corte de Leipzig, mas os julgamentos eram ineficazes. Houve muitas absolvições de culpados evidentes, e as condenações dos que foram considerados culpados eram leves. Além disso, a imprensa e o público pareciam ver os condenados como heróis, e vários deles foram ajudados a fugir da prisão.

Colocavam-se duas questões jurídicas de extrema importância: a criação do Tribunal e a legalidade dos atos nazistas. Os nazistas haviam infringido o direito existente? Que dizer dos nazistas que haviam praticado atrocidades porque estavam cumprindo ordens? A necessidade de dar uma resposta aos fatos se sobrepunha às considerações de legalidade, no sentido de somente punir se um direito determinável tivesse sido infringido? Que direito era esse?

Além do mais, de início parecia difícil evitar as acusações de que o Tribunal equivalia a impor a justiça dos vitoriosos a derrotados impotentes, ou refutar a acusação de que os julgamentos eram *ex post facto*, no sentido de que puniam, com conhecimento de causa, indivíduos cujos atos não haviam sido criminosos quando praticados. As acusações de crimes contra a paz e algumas das acusações abrangidas pela expressão "crimes contra a humanidade" dificilmente podiam ser legitimadas pelo direito positivo. O Tribunal foi criado por uma Carta que oferecia legitimação, mas aos cínicos a estrutura toda equivalia a criar um novo direito em várias áreas e então, retroativamente, aplicá-lo[54]. Um austiniano admitiria que, por um breve período, uma forma de soberania internacional estava em operação – os Aliados tinham o poder e a vontade política de criar as bases para a reinterpretação criativa do direito consuetudinário internacional, de modo que criasse uma nova forma de direito positivo internacional. Mas isso não implicaria que o Tribunal estivesse, portanto, criando um novo direito ao reunir-se? Contra esse ponto de vista, se se admitisse a legalidade básica da iniciativa a jurisdição do Tribunal tornava-se facilmente defensável[55]. A legitimidade dos procedimentos envolvia o fato de que a aplicação das "leis" que conferiam uma estrutura substantiva às atividades do Tribunal dependia da validade, *a fortiori*, das leis concretamente aplicadas.

Que tipo de concepção se deve ter da localização e dos procedimentos? Quais são os contornos da teoria jurídica que deveríamos utilizar? A vitória poderia significar que a teoria jurídica dos vitoriosos pudesse apelar a Deus? A derrocada do Reich havia provado que Deus não caminhara junto com o Reich – como o havia indicado a expressão "Deus está conosco", gravada nas fivelas dos alemães –, mas sim com os Aliados? John R. Roth coloca sucintamente a questão do poder histórico:

> Tivesse prevalecido o poder nazista, a autoridade para determinar como devem ser as coisas teria considerado que nenhuma lei foi infringida e nenhum crime contra a humanidade foi cometido no Holocausto. Contudo, permaneceria a questão de saber se as operações de trabalho escravo deviam ou não continuar, expandir-se ou ser interrompidas. Essas decisões teriam sido tomadas em bases racionais (citado de Bauman, 1989: 7).

54. O Tribunal foi criado pelo Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Charter of the International Military Tribunal, 8 de agosto de 1945, artigo 3, 82 UNTS 280, reimpresso em 39 AJIL 257 (1945). Essa convenção "reconhecia" certos direitos, e portanto crimes, que eram considerados como parte do direito consuetudinário. Por exemplo: o tribunal admitia que os crimes de guerra conforme os definia o artigo 6(b) da Carta de Nuremberg já eram reconhecidos como crimes de guerra sob o direito internacional (protegido pelas normas de Haia).

55. Por exemplo, por lorde Wright*, "War Crimes Under International Law", 62 *LQR* 1946, p. 141.

* Robert Alderson Wright. (N. do T.)

Ao mesmo tempo que a questão era prática, no sentido de responder a atos específicos, tentava preencher o vazio de *sentido* deixado pelo advento da ascensão e queda dos *Mil anos de Reich*. Para Wellershoff, os alemães se viram sem nenhum dos suportes que os nazistas haviam feito parecer tão razoáveis, tão inebriantes e... sedutores:

> [Agora nos damos conta de que] fomos, sem dúvida, os maiores idiotas – por confiarmos tolamente numa necessidade comunitária e pela tentativa de conferir à vida um sentido que transcendia a existência cotidiana e atribuía a todos um lugar na totalidade mais ampla. Que outras possibilidades de autodefinição havia? Famílias pequeno-burguesas, escolas, escritórios, fábricas – era isso a vida, era isso a identidade que se tinha? Isso não era modelo algum, projeto algum, tudo isso era imensamente limitado. A linguagem de tambores e estandartes nos levou para longe do tédio – para uma transcendência sanguinária. O sentido é o mais forte dos narcóticos; em seu nome, milhões perderam a vida (1986: 341-2).

A Alemanha não tinha a capacidade intelectual de conferir sentido, de encontrar um pensamento jurídico que preenchesse o vazio do nazismo: "ao contrário, a capacidade de conferir sentido das potências vitoriosas não se havia exaurido". Podia-se ser inglês ou norte-americano "sem culpa ou vergonha".

Todavia, não foi como exercício social e político do poder conferido pela vitória para se moldar o sentido e o destino da imaginação constitucional da sociedade do pós-guerra que o Tribunal de Nuremberg legitimou publicamente seus alicerces. Ao contrário, a imagem que se oferecia era a de que o legalismo se auto-reproduzia, ou era simplesmente o reconhecimento do direito internacional consuetudinário[56].

É comum afirmar que a situação do pós-guerra provocou um renascimento do direito natural, mas isso não forneceu as bases para os julgamentos de Nuremberg (desempenharia um papel importante nos julgamentos dos criminosos de guerra japoneses em Tóquio, provocando o voto dissidente do juiz R. Pal, da Índia, que acusava o direito natural de especificidade cultural [ver Shklar, 1964: 179-90]). Os atos do regime nazista haviam certamente ofendido os valores éticos, mas a ideologia do direito natural parecia a muitos – como o juiz Pal argumentou especificamente – demasiado subjetiva para fornecer as bases de um tribunal internacional. O senso de

56. Segundo a história oficial, antes de os nazistas levarem a cabo suas diferentes ações, uma série de declarações, leis e tratados internacionais, culminando no pacto de Paris de 1928 (ratificado pela Alemanha e por quase todos os outros Estados) havia estabelecido uma norma de direito consuetudinário internacional que tornava ilegal a guerra de agressão e considerava um crime individual a deflagração ou manutenção desse tipo de guerra com conhecimento de seu caráter e dispondo de liberdade de escolha. Sem dúvida, houve precedentes para a promulgação de tal direito consuetudinário; a Convenção de Haia de 1907 forneceu um documento internacional básico. Porém, as acusações de crimes contra a humanidade, que incluíam o genocídio, atos desumanos cometidos contra populações civis, deportação, escravidão e crimes contra a paz careciam de bases históricas. O fundamento para se considerar muitos dos eventos/ações como "crimes contra a humanidade" foi o seu reconhecimento como agressões de acordo com o direito criminal de todas as nações civilizadas.

injustiça e horror fora despertado[57]: talvez o momento não fosse de reflexão filosófica, mas de ação; uma estrutura política fora "liberada" do domínio nazista, era hora de introduzir a consciência ocidental de liberdade, responsabilidade e autodeterminação.

Embora o direito natural parecesse muito vago enquanto base, poucos defendiam uma fundamentação que viesse do realismo do positivismo jurídico austiniano: Vários advogados de defesa tentaram argumentar, *inter alia*, que seus clientes estavam sendo julgados por um "direito sobre o assassinato *ex post facto*" (Gluek, 1946), mas esse argumento não foi aceito. Poucos desejavam que o público compreendesse que o Tribunal fora instituído sob nova autoridade, e que efetivamente criava uma nova jurisprudência ao "reconhecer" o direito consuetudinário. A legalidade viu-se bastante legitimada em termos de princípios jurídicos preexistentes, que eram inerentes aos costumes de guerra e estavam simplesmente sendo mais bem articulados. Contudo, não somente a existência concreta do Tribunal foi, em grande parte, obra de um só homem – o juiz Jackson, que veio a ser juiz da Suprema Corte norte-americana –, mas a operação toda do Acordo de Londres equivalia a uma legislação judicial.

A política e a imaginação da legalidade

Em seu livro *Legalism*, Judith Shklar (1964, 2ª ed., 1986) argumenta que os julgamentos demonstram a natureza política do legalismo liberal. Shklar distingue dois tipos de legalismo. O primeiro é uma atitude mental dos profissionais do direito e dos filósofos do direito que introduzem uma separação entre legalidade e processos sociais, e que resultou numa disposição mental em que a existência do direito e do legalismo é dada por certa, definida e analisada como se isso pudesse ser feito em seus próprios termos.

> Esse procedimento serviu para separar totalmente o direito do contexto social em que existe. O direito é dotado de sua própria história específica, integral, de sua própria "ciência" e seus próprios valores, que são tratados como um único "bloco" e isolados da história social geral, da política e da moral... Esse hábito mental (...) visa a preservar o direito de considerações irrelevantes, mas terminou por isolar o pensamento jurídico de todo contato com o resto do pensamento e experiência históricos (1964: 2-3).

O segundo é uma técnica social, "a atitude ética que sustenta que a conduta moral diz respeito à obediência às regras" (*ibid.*: 1).

57. Para lorde Wright (1946), o desafio do Tribunal de Nuremberg consistia em responder ao horror encontrado pelos vitoriosos: "Isso é chamado de 'direito natural' há muitíssimo tempo; em nossos dias, talvez, seja mais fácil mencioná-lo como decorrência do senso instintivo de certo e errado que todos os homens decentes possuem, ou descrevê-lo como algo que deriva dos princípios comuns a todas as nações civilizadas. Constitui, ou deveria constituir, o fundamento básico de todo o direito." Wright estava mais enredando-se em retórica do que especificando a base exata desses sentidos "instintivos" de certo e errado.

O legalismo, diz Shklar, é uma opção política; além disso, a pergunta "o que é o direito?" não é uma pergunta à qual os juristas possam responder, exatamente por tratar-se de uma questão profundamente política.

As duas definições de legalismo seguem direções opostas. Se o legalismo é apenas uma de uma série de técnicas sociais possíveis de se ordenar a sociedade, o que dá ao direito o "direito" de dominar métodos alternativos de ordenação? Além disso, a ideologia da legalidade parecia oferecer-nos uma certeza moral completa em si mesma. Quando Shklar afirma que o legalismo é uma opção política, ela parece estar querendo dizer que é possível sacrificá-lo aos objetivos políticos antagônicos de se processar ou não os réus quando os desejos políticos das nações poderosas assim o determinam.

A conseqüência lógica da análise de Shklar – a de que, por ser o legalismo uma opção política, é possível sacrificá-lo em nome de objetivos mais importantes – não é a mensagem que Shklar nos está passando. Ela afirma que existem boas e más políticas, e bons e maus julgamentos políticos; Nuremberg foi um bom julgamento, tendo oferecido plena proteção legal aos réus[58]. Poucos argumentariam que Nuremberg não foi um bom julgamento, porém quais são os critérios para distinguir os bons dos maus critérios? Shklar argumenta que a legalidade não tem critérios auto-referenciais, e que o legalismo deve ser totalmente reduzido à política? Toda a base da destruição nazista da democracia e do legalismo (liberal) na Alemanha do pré-guerra, conforme explicou Goering (ver Neave, 1982), foi o fato de a legalidade ter deixado de ser necessária e de as políticas da democracia liberal serem menos importantes que os objetivos ultranacionalistas do nacional-socialismo. Para Shklar, se os Aliados não tivessem utilizado os princípios clássicos do legalismo, teriam então perdido traços centrais da cultura que os diferenciava dos nazistas. Além disso, protagonistas-chave – de feitio kantiano – procuravam uma nova extensão do direito criminal a uma jurisdição internacional. Sem dúvida, Jackson percebeu a importância mais profunda do "crime de guerra de agressão" para a criação de um conceito e uma categoria de direito que seria capaz de dar uma grande contribuição ao desenvolvimento futuro das relações internacionais e do direito. Shklar exige que compreendamos a situação política e os objetivos políticos a ser alcançados como um aspecto inerente à legalidade do processo. Havia necessidade de reafirmar o estado de direito depois dos golpes que a idéia recebera dos nazistas; além do mais, o julgamento funcionaria como um mecanismo comunicativo e lição histórica para o público norte-americano, demonstrando que havia uma necessidade de que seu país interviesse nos assuntos internacionais. Os trâmites legais e as provas testemunhais dos julgamentos podiam funcionar não apenas como um foro de verdade e princípios, mas

58. Um dos ataques aos julgamentos de Nuremberg colocava-os como exercícios de justiça parcial, quando muito, no sentido de que os vencidos estavam sendo julgados nos tribunais dos vencedores, onde se imaginava que não receberiam um tratamento justo e objetivo. Todavia, à medida que os julgamentos prosseguiram, os procedimentos e a qualidade dos argumentos e deliberações demonstraram sua objetividade e imparcialidade.

também neutralizar tendências da cultura política norte-americana, tradicionalmente isolacionista; não intervir poderia então ser apresentado como fechar os olhos às atrocidades.

A argumentação de Shklar está em desacordo com o aparente raciocínio legalista do próprio Tribunal e de muitos analistas do pós-guerra. Faz eco a uma linha de realismo semelhante ao de Austin, e serve de contradiscurso ao forte positivismo jurídico da época em que ela escreveu.

O questionamento do positivismo jurídico e o debate sobre a obediência ao direito nazista: o caso do informante ressentido

Em 1945 e 1950, os tribunais da Alemanha Ocidental tiveram de examinar alguns casos de informantes ressentidos, e uma exposição um tanto breve e enganosa de sua decisão (1950 1) 64 *Harvard Law Review* 1005) provocou um debate entre o positivista H. L. A. Hart e o jusnaturalista Lon Fuller, (ver capítulo 14). Uma exposição do caso é apresentada em H.O. Pappe, "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era" (1960) 23 *MLR* 60. Os casos de informantes ressentidos diziam respeito a pessoas que, vivendo sob jurisdição nazista, haviam se utilizado de leis e processos opressivos para resolver ressentimentos ou ambições pessoais.

Em um dos casos, a ré havia decidido livrar-se de seu marido – na época soldado alemão – e, em 1944, denunciou às autoridades observações críticas que ele havia feito sobre Hitler num período em que esteve em licença. Ele foi acusado nos termos de leis de 20 de dezembro de 1934 e 17 de agosto de 1938 por haver criticado o Reich, o que tornou muito difícil sua defesa. Considerado culpado e condenado à morte, sua sentença foi revogada e ele foi enviado para prestar serviços no *front* oriental. Ele sobreviveu à guerra, e por fim sua esposa e o juiz que julgara seu caso foram levados a julgamento por acusações nos termos do Código Criminal Alemão de 1871, parágrafo 239, que diz respeito à privação ilegal de liberdade. O tribunal da Alemanha Ocidental isentou o juiz de culpa, considerando que seu julgamento fora feito sob uma lei então em vigor, independentemente do que se pudesse pensar sobre seu *status* moral. A situação da esposa recebeu outro tipo de tratamento, pois suas ações haviam sido motivadas por intenção criminosa contrária à consciência, e ela agira de um modo que foi considerado imoral na época. O tribunal negou expressamente que a questão do *status* moral das leis sob as quais a vítima fora condenada em 1944 fosse relevante; sua decisão baseou-se em sua interpretação da realidade do direito existente, e não se aceitou nenhum argumento para considerar o direito nazista inválido por razões morais[59].

59. Em outra decisão de pós-guerra sobre fatos muito parecidos (reportados em H. O. Pappe, "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era" (1960) 23 *MLR* 260), a ré foi acusada de privação ilegal de liberdade e tentativa de homicídio. Inicialmente absolvida, a Suprema Corte Federal da Alemanha Ocidental revogou a decisão em recurso de apelação, remetendo-a ao tribunal inferior. A Suprema Corte levantou três pontos fundamentalmente significativos. Primeiro, se os procedimentos eram impróprios, então o juiz que atuava no caso era tão culpado quanto o informante que os havia iniciado. Segundo, não havia necessidade de considerar a validade das leis nazistas em questão, uma vez que mesmo à primeira vista se constatava que não haviam sido corretamente aplicadas. A lei dizia respeito a afirmações públicas e, se isso queria dizer alguma coisa, devia implicar uma distinção das afirmações privadas que certamente incluiriam as conversas entre os cônjuges em questão. Em terceiro lugar, mesmo que esse aspecto não fosse bem considerado, o tribunal tinha ampla discrição para julgar, e aplicar a pena de morte (posteriormente comutada) num caso desse tipo equivalia a uma censurável abdicação da responsabilidade.

Portanto, os trâmites legais do período de guerra haviam sido inadequados em seus procedimentos, e tanto a ré quanto o juiz tinham que apresentar justificativas. A ré tinha, através de um uso doloso do processo, de modo que incorporasse a figura do dano, o *mens rea* do crime que encontrou seu *actus reus* nos trâmites inadequados dos quais ela era um acessório. Essa linha de argumentação é certamente elogiável pelo fato de basear-se nos abusos processuais em sua busca de solução para a questão formal, e não é nem um pouco difícil encontrar tais abusos na jurisprudência nazista.

Os pontos conflitantes entre Hart e Fuller tinham por base um breve relato que implicava, de modo equivocado, que o tribunal do pós-guerra decidira que as leis em questão eram formalmente inválidas devido a sua substância imoral. O argumento de Hart (1958) era relativamente simples: cada sociedade tem uma prática sociológica particular por meio da qual "reconhece o direito", e as leis criadas na Alemanha nazista, a despeito de sua natureza opressiva ou imoral, foram criadas metodologicamente de acordo com o que Hart mais tarde veio a chamar de *regra de reconhecimento* operante; portanto, devemos reconhecê-las como pertencentes a um direito válido. Isso não resolvia o problema da punição, e Hart insinua que, para os tribunais, essa era uma questão existencial: "Devemos punir aqueles que praticaram atos vis quando estes foram permitidos por leis perversas então vigentes?" (1961: 211). Para Hart, porém, tratava-se de uma questão de "escolha entre [dois] males, o que, em circunstâncias extremas, às vezes precisa ser feito", isto é: (i) decidir não castigar seria fechar os olhos ao mal, o que seria um mal em si mesmo"; (ii) porém, o princípio de *nulla poena sine lege* exigia que os tribunais não punissem por algo que não estivesse sujeito à lei na época em que o ato foi praticado. Introduzir atalhos nesse princípio era um mal. Contudo, Hart concluiu que seria melhor, nas circunstâncias específicas, criar expressamente uma legislação penal retroativa que confiar no efeito de invalidação da imoralidade; todavia, "não se deveria fazer com que um caso de punição retroativa parecesse um caso comum de punição por um ato considerado ilegal na época em que foi praticado" (*The Concept of Law*: 212). Fuller (1958), por sua vez, argumentava que a concepção formalista do dever de obedecer ao direito, incorporado nas tentativas positivistas de isolar a obrigação legal de todas as outras formas de obrigação, não era sustentável. De acordo com Fuller, no contexto pós-nazista os juízes não tinham escolha, a não ser considerar as questões morais em sua tentativa de reconstruir uma ordem jurídica viável, e deviam fazer afirmações criteriosas sobre a validade e a coerência moral do modo nazista de regulamentação. Fuller introduz o conceito de "fidelidade ao direito", que depende da "capacidade de comando" do sistema jurídico. Um sistema jurídico requer uma "quantidade míni-

ma de moralidade para sobreviver"; se o "nível" de moralidade cair abaixo de um certo ponto, pode-se dizer que o sistema deixou de funcionar, uma vez que se tornou incapaz de pretender a obediência de seus cidadãos. Portanto, sem um conteúdo moral mínimo, um sistema jurídico deixa de existir enquanto tal.

Vamos, aqui, parafrasear Fuller a respeito do empreendimento positivista. O objetivo básico do positivismo consiste em demarcar a legalidade, diferenciando-a de outras formas de ordenação social. A tese da separação e a ascensão do pensamento utilitarista faziam parte da ambiciosa tarefa de "distinguir" entre "ordem" e "boa ordem". Contudo, ainda que se trate de um objetivo louvável, ao insistir na tese da separação os positivistas não alcançaram seu objetivo de promover e proteger a fidelidade ao direito. A regra de reconhecimento de Hart leva-o a concluir que "sob os nazistas existia o direito, ainda que um direito de má qualidade. A posição de Hart sobre a obrigação moral é simples (e, talvez, perigosamente otimista; ver comentários posteriores): um direito assim imoral cria uma obrigação de resistir. Uma vez que a moralidade é separada da definição analítica do direito, torna-se um componente importante da crítica do direito e um instrumento em prol da reforma. Hart não nos diz em que bases espera que o sujeito de um sistema ideologicamente dominante – como o nazista – denuncie a iniqüidade moral.

Um princípio central do positivismo jurídico é a separação entre lei e moralidade. Isso implica duas idéias distinguíveis: (i) os positivistas alegam que podemos identificar o que é o direito existente sem emitir nenhum juízo moral. Se uma regra é ou não uma regra jurídica vai depender de ter sido estabelecida por fonte válida, como uma lei escrita ou um precedente judicial. Se se constatar que tem uma fonte válida, será uma regra jurídica válida a despeito do fato de ser boa ou má, justa ou injusta. Da mesma forma, o simples fato de uma regra ser justa e razoável não a torna parte do direito se não estiver fundamentada em alguma fonte reconhecida de direito; (ii) os positivistas afirmam que as proposições de lei nas quais afirmamos a existência de direitos e deveres legais não são juízos morais. Os adversários do positivismo poderiam argumentar que não podemos dizer que uma lei impõe deveres e confere direitos a menos que a considerarmos moralmente obrigatória. Os positivistas respondem que esse argumento joga com dois sentidos diferentes das palavras "dever" e "direito". Talvez uma lei não possa conferir direitos morais e impor direitos legais a menos que seja moralmente obrigatória, mas podemos tratá-la como se conferisse direitos legais e impusesse deveres legais, quer a vejamos, quer não, como moralmente obrigatória. Assim, os positivistas sustentam que os direitos legais não são uma variedade de direito ou dever moral, mas coisas bem diferentes. A argumentação de Hart (desenvolvida no capítulo 9 de *The Concept of Law*) pode ser chamada de "teste de cidadania moral"[60].

60. O positivista não nega que os juízes às vezes decidam casos por alusão a valores morais ou considerações político-sociais. O que eles negam é que os juízes tenham de emitir juízos morais ou sociais no processo de descobrir qual é o direito existente. Tendo estabelecido quais são as regras relevantes, porém, um juiz pode descobrir que as regras jurídicas relevantes não oferecem uma resposta no caso com o qual ele está às voltas. Uma vez que o direito preexistente não oferece resposta, o juiz deve decidir o caso com base em considerações extrajurídicas. Ao fazê-lo, estabelecerá uma nova regra. Contudo, o que faz de uma regra uma regra jurídica é o fato de ter sido formulada pelo juiz, e não o fato de basear-se em considerações morais. Os positivistas não negam que possa haver uma obrigação moral de obedecer ao direito. Argumentam, simplesmente, que a questão de saber o que é o direito, e a questão de saber se este deve ou não ser obedecido, são duas questões distintas. Na verdade, positivistas como Bentham, Kelsen e Hart argumentam que nossas reflexões morais sobre o alcance da obrigação de obedecer ao direito se esclarecem ao adotarmos uma concepção positivista do direito. Para Austin – enquanto regra utilitarista consumada – o ideal seria seguir uma regra da qual se discordasse, uma vez que as conseqüências de se estabelecer uma prática de infração de normas seria pior do que a inconveniência ou o mal causado pela obediência a uma regra que exigisse de alguém o cumprimento de uma tarefa desagradável.

Em resposta à formulação anterior de Hart, Fuller repudiou essa concepção por considerá-la "irrealista e perigosa". É irrealista no sentido de que o positivismo jurídico pressupõe que possa existir ordem num sistema jurídico carente de qualquer conteúdo moral; é irrealista por colocar sobre o homem comum um ônus excessivamente pesado. Enquanto o positivismo jurídico admite que a moralidade pode ser desvinculada da tarefa de identificar o direito, nas sociedades existentes o processo comum de tal identificação – a regra de reconhecimento, para recorrermos a Hart – acha-se impregnado de considerações morais. Reconhecer alguma coisa como direito sem imaginar uma "aura" ao redor de tal coisa, ou sem sentir o ímpeto da obrigação, talvez seja um procedimento aberto apenas aos cínicos[61]. Os nazistas jogavam com o fato de haver muito cinismo na República de Weimar; o cínico normalmente está à procura do significado (perdido). O que há de problemático na afirmação de Hart é que, nas condições intensamente mediadas e burocráticas da vida moderna, a realidade da ação está no fato de as condições estruturais da tomada de decisões tornar a reflexão moral e as questões de expediência extremamente difíceis. Muitos participaram dos jogos cujas regras estavam sendo criadas pelos nazistas. Repetindo características da argumentação: Hart desejaria que todos os membros daqueles conselhos judaicos que colaboraram com o arrebanhamento de judeus para os campos fossem julgados por assassinato se tivessem sobrevivido? Como foi possível que tantos judeus colaborassem com a destruição de judeus? Em sua análise do Holocausto, Bauman (1989: 26) argumenta que seu sucesso técnico-administrativo se deveu em parte à hábil utilização de "soníferos morais" que se tornaram possíveis graças ao desempenho da burocracia e da tecnologia modernas. A maioria das ações é seqüencial, isto é, as implicações totais não são evidentes de início e, uma vez em movimento, uma cadeia de envolvimentos é difícil de interromper – em geral, o sujeito tem mais a perder se parar do que se der mais um passo. Além do mais, em geral não apenas é impossível apreender a totalidade do empreendimento, como a pessoa também pode fechar os olhos a tudo que não seja a pequena cena que observa ou da qual participa.

61. Mesmo em relatos contemporâneos "irreais" do direito, como a *LA Law*, que apresenta a realidade do direito como uma burocracia glamourosa, ser advogado é também adentrar um campo moralmente sobrecarregado no qual a essência do direito é o certo do ponto de vista moral.

Para complementar e fazer uma avaliação realista do teste crítico de cidadania de Hart, precisamos refletir sobre a obediência e a resistência nas condições das sociedades modernas. O conhecimento que disso temos até o momento não nos permite uma interpretação otimista; os cidadãos obedecem com demasiada facilidade às figuras nas quais se encarna a autoridade. Os indícios das experiências de Milgram sobre a obediência (1963; 1974) parecem devastadores. Em condições nas quais uma pessoa supostamente investida de autoridade ordena a outras que pratiquem atos moralmente questionáveis, muitas delas obedecem prontamente. Milgram especifica que uma pluralidade de fontes de poder e de valores éticos ajuda a evitar a obediência cega. "É somente quando temos (...) uma autoridade que (...) atua em campo livre, sem pressões adversas a não ser os protestos da vítima, que obtemos a mais pura reação (de obediência) à autoridade" (citado de Bauman, 1989: 165); para uma discussão geral da questão da obediência na sociedade moderna,ver Mixon, 1989).

A resposta do positivismo jurídico pode consistir no argumento de que as angústias sobre o poder arbitrário (expressas por teóricos do direito como Fuller ou Dworkin) não podem ser controladas mudando-se a interioridade de alguns critérios de reconhecimento do direito, mas sim recorrendo-se a meios distintos, ou seja, procurando-se entender claramente as relações entre direito, autoridade e obediência, isto é, os processos sociais. Tal resposta só pode ser mantida se o positivista jurídico situar sua imagem da ciência jurídica como parte de um empreendimento interdisciplinar. Enquanto alguns estudiosos – por exemplo Kelsen (ver capítulo 12) – endossam claramente tal posição, muitos pareceram cegos a suas implicações. Todavia, a implicação dessa área não deixa margem a dúvidas: a modernidade precisa ser entendida através de uma multiplicidade de lentes, e é somente através do diálogo interdisciplinar crítico que qualquer disciplina pode extrapolar seus próprios limites.

Capítulo 12

A Teoria Pura *de Hans Kelsen*

> Quando compreendermos a unidade do Estado e do direito, quando nos dermos conta de que o direito, o direito positivo (não a justiça) é precisamente aquela ordem compulsiva que é o Estado, teremos adquirido uma visão realista, não-personificativa, não-antropomórfica, que demonstrará claramente a impossibilidade de justificar o Estado pelo direito, assim como é impossível justificar o direito pelo direito, a menos que o termo seja usado ora em seu sentido positivo, ora no sentido de direito correto, justiça. A tentativa de justificar o Estado através do direito é vã, uma vez que todo Estado é necessariamente um Estado de direito. O direito, diz o positivismo, nada mais é que uma ordem de compulsão humana. Quanto à justiça ou moralidade dessa ordem, o próprio positivismo nada tem a dizer. O Estado não é nem mais nem menos que o direito, um objeto de conhecimento normativo e jurídico em seu aspecto ideal, como um sistema de idéias, o tema da psicologia social ou da sociologia em seu aspecto material, isto é, como um ato físico (uma força física) motivado/a e motivador/a (Kelsen, 1935: 535).
>
> Na ciência social e, especialmente, na ciência jurídica, ainda não há influência para se contrapor ao interesse esmagador que os detentores do poder sentem por uma teoria que satisfaça seus desejos, isto é, por uma ideologia política. (...) Não obstante, se o autor se aventura a publicar essa teoria geral do direito e do Estado, ele o faz com a convicção de que, no mundo anglo-americano, onde a liberdade da ciência continua a ser respeitada e onde o poder político é mais estável do que em qualquer outra parte, as idéias são mais apreciadas do que o poder; e também com a esperança de que mesmo no continente europeu, depois de sua libertação da tirania política, a geração mais jovem será conquistada para o ideal de uma ciência do direito independente; porque o fruto de tal ciência nunca pode perder-se (Kelsen, 1945: Prefácio a *General Theory of Law and State* [Prefácio à teoria geral do direito e do Estado]).

UMA ABORDAGEM DA *TEORIA PURA*

O austríaco Hans Kelsen (1881-1973)[1] é tido por muitos como o criador da versão mais radical do positivismo jurídico com sua autoproclamada teoria "pura" do direito. A teoria de Kelsen é "*pura*" em dois sentidos:

1. Hans Kelsen era filho de judeus vienenses de classe média que se mudaram para Viena pouco depois de seu nascimento em Praga, em 1881. Ele se tornaria o mais importante teórico do direito de toda a Europa

(i) afirma-se livre de quaisquer considerações ideológicas, não se emitem juízos de valor sobre qualquer sistema jurídico, e a análise da "norma jurídica" não é afetada por nenhuma concepção da natureza do direito justo;

(ii) o estudo sociológico da prática do direito e o estudo das influências políticas, econômicas ou históricas sobre o desenvolvimento do direito ficam além da esfera de ação da teoria pura.

Kelsen argumentava que tais estudos pressupunham uma investigação *a priori* da natureza do direito, ao modo da teoria pura. Em outras palavras, ele afirma que a teoria pura antecede qualquer outra investigação em direito; porque os estudiosos que adotam uma perspectiva "externa" do direito com a finalidade de investigar a realidade do direito e dos sistemas jurídicos devem pressupor que a entidade a ser observada é, na verdade, o direito. A obra de Kelsen foi publicada em inglês pela primeira vez em 1934, e num de seus textos se lia:

> A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo. Enquanto teoria, preocupa-se exclusivamente com a definição precisa de seu tema. Tenta responder à pergunta "o que é o direito?", e não "o que deve ser o direito?" Trata-se de uma ciência, e não de uma política do direito (1934: 477).

Os críticos se encantaram com o rigor da teoria, mas viram em sua pureza um exemplo de formalismo desmedido. Em resultado, a teoria é freqüentemente estudada como ilustração de um fetiche europeu com rigor conceitual. A teoria trata o direito exclusivamente em termos de estrutura formal, deixando todas as questões de propósito ou conteúdo para além dos interesses dos cientistas jurídicos, tendo sua "pureza" qualificada como um estreitamento do papel da teoria jurídica na teorização sobre o mundo social. Portanto, a teoria de Kelsen pode ser acusada de enfraquecer a imaginação da filosofia jurídica em face do poder social; transforma o jurista ou o advogado no dócil servo de qualquer ideologia política dominante (Schmitt, [1922] 1985: 45; Bloch, 1985: 146-9). Paradoxalmente, foram exatamente essas preocupações que inspiraram Kelsen, e ele via as acusações de formalismo como a mais estúpida das críticas a sua teoria. De que modo, então, iremos abordar a teoria de Kelsen? A *Teoria Pura* só pode ser plenamente compreendida tendo por pano de fundo a preocupação de seu criador com a ideologia política e social, e com sua concepção pluralista do conhecimento; sua busca da pureza decorre tanto de preocupações metodológicas quanto políticas. O entendimento desse contexto irá, esperamos, fazer avançar nossa apreciação do significado da Teoria Pura e situá-la adequadamente nas tendências da modernidade.

do século XX. Professor de direito constitucional na Universidade de Viena de 1911 a 1930, Kelsen testemunhou o colapso do Império Austro-Húngaro e o complicado nascimento de novos países na esteira da Primeira Guerra Mundial. Preparou o projeto do "Tribunal Constitucional" da Áustria – cujo modelo foi a Suprema Corte dos Estados Unidos –, que vigorou de 1921 a 1930, e foi ele também o principal autor da Constituição de 1919 da república austríaca. Defendeu a democracia e o pluralismo em face do totalitarismo, e fugiu do nazismo para os Estados Unidos, onde tornou-se professor de ciências políticas na Universidade da Califórnia, em Berkeley.

A AGENDA SOCIAL E POLÍTICA DE KELSEN

Kelsen escreveu em defesa de uma concepção humanista do homem contra a tendência reducionista da imaginação científica e o poder abusivo da burocracia. A fim de preservar uma esfera de liberdade para o humanismo, Kelsen se voltou para os *insights* de Kant, Weber e Nietzsche. Para nos poupar do reducionismo científico por meio da simples aplicação do positivismo, ao modo das ciências naturais, a nossas idéias de atuação humana, Kelsen se voltou para a epistemologia de Kant[2]. Para impedir que caíssemos na armadilha das grades de ferro de um racionalismo burocrático apresentado sob o disfarce da mistificação do Estado e da história, ele se voltou para o etos desmistificador de Nietzsche. Em última instância, seguindo Weber, Kelsen argumenta que a burocracia é essencial ao Estado moderno, mas que devemos vê-la como ela é, uma estrutura de necessidade vazia, e despojar a forma organizacional do Estado de qualquer significado místico ou alegação de destino histórico. Nas mãos de Kelsen, o Estado se converte numa ordem jurídica, mas, assim como não se trata de uma ordem jurídica que desempenha automaticamente alguma funcionalidade determinada pela ordem natural das coisas, tampouco se pressupõe que incorpore nossos anseios e esperanças. Para compreender o direito em sua estrutura pura, devemos despojá-lo de seus disfarces expressivos; o direito é uma estrutura simples de coerção, um sistema hierarquicamente organizado de normas (não-morais) que determinam as condições através das quais os agentes do Estado são habilitados (autorizados) a impor sanções. E sejamos claros: Kelsen constrói esse sistema não para tirar a humanidade desse empreendimento jurídico – como pretende a interpretação mais comum de sua obra –, mas para nos levar a entender que o direito não tem nada que o faça avançar a não ser os projetos humanos[3]. De que modo Kelsen tenta salvar o humanismo em face das pressões dos primórdios do século XX?

2. "A teoria pura do direito não se baseia na filosofia do direito de Kant, mas em sua teoria do conhecimento" (Kelsen, 1945: 444).

3. Kelsen enfatiza que as normas do sistema jurídico não nos são impostas por algum "espelho" da concepção natural, e que o cientista jurídico, ao analisar a estrutura objetiva de uma ordem jurídica, não está investigando alguma estrutura naturalmente criada, como que formada por uma máquina não-humana. Em vez disso, ele afirma que "da afirmação de que uma norma 'existe' não se segue que exista como um fato e que, portanto, deva estar inserida em alguma realidade [não-humana]. A afirmação significa apenas que uma norma é válida e foi criada por um ato humano, e isso significa que uma norma é o significado específico de um ato humano" (1957: 179-80).

Primeiro passo: reconhecer a liberdade essencial do homem. O homem deve ser reconhecido como algo mais do que aquilo a que as ciências empíricas positivistas parecem reduzi-lo. Kelsen afirma que no passado as ciências sociais tiveram por tema uma imagem jurídica ou livre do homem, mas que uma metodologia um tanto determinista e reducionista foi importada das ciências naturais à medida que o positivismo se desenvolvia. O resultado foi um enfraquecimento de nossa capacidade de compreender a condição humana[4]. Kelsen se empenha em preservar o *status* especial da existência humana, argumentando que devemos demarcar rigorosamente os espaços da natureza e da sociedade. Tampouco podemos fugir à sociedade – a experiência social é inevitável no sentido de que a vida de um indivíduo se liga forçosamente à de outros seres; o indivíduo sente-se apanhado numa armadilha, preso num emaranhado de laços que o limitam mesmo quando lhe oferecem consolo nos perigos da vida. Sonhamos com a transcendência em busca de uma autoconsciência plena, mas somos sempre enganados. Queremos olhar para a realidade e para nós mesmos em todos os quadrantes de nosso ser, mas não conseguimos ver a totalidade. Assim, deparamos com o mistério e o relativismo; historicamente, não temos sido capazes de tolerar esse estado de coisas. Em vez disso, temos acreditado no "absolutismo moral" e na verdade de uma certa realidade objetiva que, por existir independentemente da cognição humana, nos permite usar o conhecimento que dela temos para tentar corrigir seus erros e permite aos especialistas (aqueles que já perscrutaram o "espelho da natureza") a nos dizer o que devemos fazer[5].

4. "Originariamente, o problema da sociedade como objeto de conhecimento humano era o problema de se determinar uma ordem justa das relações humanas. A sociologia surgiu como ética, política e teoria jurídica, tanto independentemente quanto como parte sistemática da teologia. Em cada caso, tratava-se de uma ciência normativa, uma doutrina de valores. Somente no início do século XIX surge a tendência de empregar um método causal no tratamento de problemas de teoria social. Essa tendência não mais promove uma indagação da justiça, mas sim da necessidade causal na conduta efetiva dos homens; não é um estudo que procura determinar como os homens devem agir, mas como eles de fato agem, e devem agir, de acordo com as leis de causa e efeito.

A mudança total da teoria social, que passa de uma indagação normativa a uma indagação causal, significou uma desnaturação de seu objeto de conhecimento. A circunstância de as ciências naturais forçarem as ciências sociais a converter-se em algo não diferente de um ato de autodestruição não pode ser totalmente explicado pelo fato de que o sucesso da ciência natural nos séculos XIX e XX recomendava seu método como modelo. Essa transformação da ciência das relações sociais, que passa de uma ciência ética a uma sociologia causal que explica a realidade da conduta efetiva e se mostra, portanto, indiferente aos valores, está plenamente concluída hoje. Significa, fundamentalmente, um recuo da teoria social diante de um objeto que ela perdeu toda esperança de dominar, uma admissão involuntária, por parte de uma ciência milenar, de que, ao menos temporariamente, abandonou seu problema essencial por considerá-lo insolúvel" (Kelsen, 1945: 391).

5. Kelsen compara o "absolutismo moral", que em sua opinião leva a um governo antidemocrático e autoritário, com o "relativismo filosófico" que, conquanto leve a argumentos céticos, liga-se à política pluralista e democrática. O relativismo filosófico faz da totalidade da existência um mistério. "O absolutismo filosófico é a concepção metafísica de que existe uma realidade absoluta, isto é, uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano. Portanto, sua existência é objetiva e ilimitada no espaço e no tempo (ou para além destes), instâncias às quais se restringe a cognição humana. Por outro lado, o relativismo filosófico defende a doutrina empírica de que a realidade só existe dentro do conhecimento humano e que, enquanto objeto de cognição, a realidade é relativa ao sujeito conhecedor. O absoluto, a coisa em si, encontram-se para além da experiência humana; são inacessíveis ao conhecimento humano e, portanto, incognoscíveis" (1957: 198-9).

Kelsen sugere que, tradicionalmente, o mistério da existência social se expressou em forma da estrutura de um embate religioso; qual era a base dessa experiência? Os homens primitivos se viam diante de um mundo misterioso, um mundo em que eram relativamente impotentes; para torná-lo compreensível, eles invocavam falsos ídolos e investiam-nos dos poderes do cosmo. Para manter a comunidade, o ser humano criou ídolos dotados de significação; ao fazê-lo, constituiu centros de autoridade. A necessidade de vivenciar a unidade ajudou a evocar um corpo supremo que representa a unidade subjacente ao mesmo tempo que oferece uma fonte inconteste de autoridade. A experiência social gira em torno desses pólos de autoridade e comunidade; todavia, argumenta Kelsen, autoridade e comunidade "não são dois objetos distintos, mas apenas duas etapas diferentes da progressão mental que não são sucessivas em um único sentido" ([1922] 1973: 62).

A sociedade é distinta da natureza. Seu verdadeiro objeto é a humanidade, não a natureza; daí não podermos meramente aplicar os mesmos processos para estudar o homem, que nas ciências naturais. O caráter distintivo da humanidade está em sua capacidade especial de emitir normas e viver de acordo com elas; o elemento normativo dá à humanidade sua capacidade de transcender a natureza. O direito é uma técnica específica de estruturação normativa das relações humanas; é o artifício constitutivo da sociedade humana em sua forma avançada. O direito – a legalidade – fornece o mecanismo através do qual a sociedade humana pode criar redes de estruturação social; o estudo da teoria jurídica, o estudo daquilo que no passado muitos autores chamavam de "ciência civil", fornece o caminho para a única técnica constitutiva que a sociedade possui: "somente na medida em que a consideração voltada para o social se mantém como um ponto de vista ética ou juridicamente normativo que a sociedade pode se constituir como um objeto distinto da natureza" (*ibid.*: 64). Assim, a análise de Kelsen começa com uma descrição, mas trata-se de uma descrição particular; uma descrição fenomenológica que pretende trazer à luz o que há de essencialmente humano na ordem jurídica – o aspecto interior ou normativo.

Segundo passo: despojar o direito dos perigos da tradição expressiva. Já abordamos o nascimento da tradição expressiva em Rousseau e Hegel; para Kelsen, porém, a interpretação expressiva ligava-se a uma ideologia do destino histórico e do expressionismo histórico. Devido ao fato de nos ter dado uma idéia do direito como produto da deliberação ou do poder humano, o positivismo jurídico poderia ser interpretado no sentido de implicar que o direito deve identificar-se com a ordem jurídica, isto é, com as regras estipuladas pelas leis, pelos costumes e pela jurisprudência, bem como com as instituições estabelecidas ao longo da história. Kelsen é claro: devemos

fazer uma escolha; conquanto seja existencialmente reconfortante admitir que nossa ordem jurídica particular exprime nossos princípios e crenças sociais e políticos, e que estes resultam dos movimentos do destino histórico, tal fato contribui para o enfraquecimento de nossa subjetividade crítica. Mergulhamos numa rede de configurações ideológicas, e somente uma abordagem científica rigorosa será capaz de interromper essa corrente[6].

Kelsen acredita que devemos nos empenhar em criar uma ordem humana digna de respeito; uma ordem que seja dotada de legitimação e autoridade. Contudo, se por um lado devemos apreciar o fato de estabelecer uma vida social digna e o papel da ordem jurídica na humanização das relações sociais, por outro continua sendo essencial manter uma distância crítica desse processo. Em outras palavras: a busca histórica de justiça social é impossível sem o estabelecimento de uma estrutura concreta de ordenação jurídica que torne possível uma interação humana mais complexa, que lhe permita assumir formas particulares. Essa ordem jurídica, porém, não deve ser explicada como aspecto e incorporação *essenciais*, e tampouco suficientes, do direito e da justiça na sociedade humana. No contexto imediato de Kelsen, houve muitos que caíram nessa armadilha. Depois da Segunda Guerra Mundial, muitos intelectuais acreditavam que na Alemanha e na Áustria a imaginação institucional sancionada pelo positivismo jurídico havia degradado a ética do direito e refletido, de modo acrítico, a crença no poder do Estado de criar justiça (*Recht*). O regime de regulamentação jurídica – a distribuição de direitos e deveres legais – era interpretado como a incorporação concreta do processo por meio do qual "os direitos desejam vir a ser", desejam exprimir-se no progresso histórico das coisas materiais, "concretizar-se", "corporificar-se no tempo". O direito (*Recht*) ali está, tem uma realidade (*Wirklichkeit*) através da necessidade de processo natural – uma objetividade da "práxis" natural em que a natureza encontrou para nós o verdadeiro caminho para o "regime de paz humana". Segundo essa linha de pensamento, as regras jurídicas não são exatamente criadas contingencialmente pelos humanos; são descobertas ao longo de um desenvolvimento histórico progressivo. A ordem jurídica confunde-se com a ordem da justiça; o poder jurídico confunde-se com o direito. Vale a pena repetir a posição do jurista alemão Radbruch, que em 1932, na terceira edição de *Rechtsphilosophie*, parecia ter se deixado arrebatar pela imagem romântica alemã de destino histórico ao argumentar que os que haviam obtido o poder de impor normas jurídicas mostravam, desse modo, que uma injunção histórica os havia exortado a proceder assim. A ideologia que subjaz à obra parecia ser uma crença em que a história produz o certo e o verdadeiro, e que o direito pertence àqueles que vencem a batalha da história. O juiz tem o dever profissional de fazer com que a vontade do direito de ter validade se torne validade *de facto*. O juiz só precisa perguntar-se o que, legalmente, deve ser feito e deixar de lado quaisquer considerações subjetivas sobre o que, moralmente, deve ser feito ou o que é justo ou injusto. O juiz deve reconhecer a objetividade do domínio do direito, confiante no funcionamento do destino histórico do que é *justo*, e não em seu próprio senso de justiça. Um juiz não deve ser influenciado por seu senso de justiça subjetivo, não-jurídico. Desse modo, o positivismo jurídico parecia instruir os juízes no sentido de que eles não poderiam se opor aos comandos da ordem jurídica uma vez que a autoridade governamental tivesse o poder válido de executar estas ordens. Quando o Terceiro Reich foi derrotado, Radbruch afirmou que a atitude por ele defendida anteriormente demonstrava a impotência ética do positivismo jurídico e apontava para a necessidade de retomar alguma forma de reflexão sobre o direito natural. Assim ele escreveu, em 1947, que o cientista jurídico deveria uma vez mais retornar à sabedoria clássica que diz que há um *direito* superior à lei, um *direito* natural, um *direito* divino, um *direito* da razão, e que a injustiça continua sendo injustiça quando mensurada por esse critério, ainda que a tal injustiça se dê a forma do direito. Quem identifica *direito* com ordem jurídica comete um erro, assim como o faz quem identifica o *direito* com o poder. O positivismo jurídico foi considerado como uma forma empobrecida de imaginação jurídica. Na década de 1920, o jurista católico (e posteriormente nazista) Carl Schmitt chegou a ponto de afirmar que a *Teoria Pura* de Kelsen sustentava essa identificação entre poder e legalidade verdadeira; para Schmitt, tratava-se da tese do burocrata puro ([1922] 1985: 45)[7].

Contudo, era exatamente essa ligação entre o direito e a ideologia da vantagem histórica que Kelsen procurara romper. Para ele, a teoria pura era uma teoria radicalmente realista do direito. Acima de tudo, tal teoria preconizava que as regras jurídicas foram criadas por seres humanos, e que são criadas, e não descobertas por alguma estrutura racional que tenha por base o destino histórico. A humanidade cria essas leis, essas estruturas de poder coercivo, essas alocações de direitos e deveres, tendo em vista objetivos sociais, para que haja justiça no mundo; mas sua existência não é garantia alguma de que alguma ordem jurídica seja justa. Precisamos fazer uma clara distinção entre o procedimento e a necessidade da forma estrutural que o procedimento assuma, por um lado, e por outro os argumentos sobre os objetivos da vida social; analisar a estrutura do poder coercivo é diferente de discutir a questão da justiça e do progresso social. Para analisar a primeira, procedemos como cientistas jurídicos; para compreender a segunda, procedemos como filósofos, sociólogos,

6. "A Teoria Pura deseja apresentar o direito como ele é, não como deve ser (...), isto é, uma teoria de positivismo jurídico. A teoria pura considera-se obrigada a não fazer mais do que apreender a essência do direito positivo e, mediante uma análise de sua estrutura, compreendê-lo. Especificamente, a teoria pura recusa-se a servir a quaisquer interesses políticos ao fornecer-lhes uma 'ideologia' por meio da qual a ordem social existente seja justificada ou desqualificada. (...) Assim, a teoria pura coloca-se em agudo contraste com a filosofia jurídica tradicional que, conscientemente ou não, às vezes mais, outras vezes menos, tem um caráter 'ideológico'" (Kelsen, em Weinberger, 1973: 246-7).

7. "[Podemos ver] a teoria jurídica de Kelsen como a ideologia do advogado-burocrata que atua em circunstâncias políticas instáveis e que, sob as formas mais diversas de autoridade e com relativa superioridade diante da autoridade política do momento, procura ordenar sistematicamente as ordens e regulamentações positivas que lhe são legadas."

como seres humanos envolvidos no processo, mas estamos diante de projetos diferentes. Restringimos nossas aptidões intelectuais não para diminuir nossa humanidade, mas para compreender os limites de nosso conhecimento e nos poupar do entusiasmo dos tiranetes que gostariam de nos convencer de que a justiça da história, ou de Deus, está com eles.

É preciso perguntar constantemente: "Quem somos?", "Qual é o sentido da vida?" Intencionalmente, Kelsen nos lembra da resposta dos estóicos: a vida é um vasto drama cósmico com uma trama e um roteiro. Porém, enquanto os estóicos argumentavam que devíamos aceitar nossa ignorância do roteiro, por sua vez a religião organizada dava ao roteiro um autor, à variação um planejador, à causa e efeito uma causa primeira, e terminava por nos apresentar um Deus que era o centro de todo o poder e diante do qual devíamos nos prostrar em oração. Éramos tomados por um sentimento de reverência... e então Hobbes lutou contra parte desse poder, apoderou-se do mana e deu-o ao Estado, investiu o *Leviatã* dos temores e esperanças de nosso progresso. Para quê? Escrevendo em primórdios do século XX, Kelsen via o crescente domínio de um Estado autoritário como algo amparado pelas ideologias do destino histórico secular que se apoderou da reverência dedicada a Deus e apossou-se do sujeito jurídico dentro da máquina político-partidária e da disciplina burocrática do aparato estatal. A individualidade, que no passado se vira como tema emergente da modernidade, vinha sendo reduzida a nada. Nietzsche havia exposto a psicologia das massas que subjaz a essa reverência; por que, perguntava Kelsen, a modernidade não tivera a coragem de viver sem Deus?

> Se pegarmos os atores que participam do drama religioso ou social no palco político e retirarmos as máscaras de seus rostos, não mais teremos Deus recompensando e castigando, nem o Estado condenando e fazendo a guerra, mas apenas homens reprimindo outros homens, seja o sr. X triunfando sobre o sr. Y ou um animal selvagem saciando sua renovada sede de sangue ([1922] 1973: 67).

Uma vez caídas as máscaras, a peça perde sua capacidade de nos manter sob o encantamento de um sentido predeterminado; abrimo-nos a um conjunto diferente de significados. De que modo, porém, veremos a "verdadeira" realidade? Não teremos simplesmente de adotar uma nova perspectiva que substitua as ilusões da que foi abandonada? Se adotarmos, por exemplo, uma perspectiva científica rigorosamente naturalista, não faremos caso das máscaras, mas voltaremos nosso olhar para "os movimentos puros, naturalmente necessários e causalmente determinados de almas e corpos". Desse modo, utilizando os instrumentos de uma psicologia ou biologia de enfoque empírico e rigor reducionista, desconstruiremos o poder da religião, da nação e do Estado, transformando-os em ficções ideológicas, mas então só veremos a vida em termos de "atos físicos e mentais" e, ao perguntarmos "por suas causas e efeitos, veremos somente a natureza e nada mais" ([1922] 1973: 67). O homem, como criatura humana, um agente moral e político, dissolve-se num mero contexto de causa e efeito. Como pode o homem ser salvo da extinção nas mãos da ciência naturalista e, ainda assim, tornar-se possível uma ciência do direito?

A *TEORIA PURA* DE KELSEN COMO RESPOSTA FORMALISTA AO PROBLEMA DA CRIAÇÃO DE UMA ESTRUTURA SOCIAL NUMA REALIDADE PLURALISTA

A solução de Kelsen para os dilemas por ele expostos consiste em adotar uma epistemologia pragmática neokantiana. Não poderemos nunca alcançar a realidade absolutamente "verdadeira", mas estaremos sempre atuando dentro de um esquema conceitual; a questão passa a ser qual desses esquemas é apropriado ao material a ser submetido a exame.

Essa questão é de importância crucial para o estudo do direito em dois sentidos: (i) se pretendemos conhecer a unicidade do fenômeno do direito, necessitamos de uma ciência que seja fiel ao fenômeno; (ii) o próprio direito precisa haver-se com o relativismo epistemológico que caracteriza o mundo se tivermos de conviver com a ausência de Deus, o que significa, epistemologicamente, que é impossível encontrar qualquer outro roteiro-chave que possa conciliar toda a variação da existência. Isso provoca um impacto sobre o uso político do direito porque, se o que caracteriza o mundo é o relativismo epistemológico, não podemos aceitar um roteiro-chave para fins de regulamentação jurídica. A imagem de Austin, na qual o direito deve ser o instrumento racional da regra utilitarista, guiado pela verdade das ciências da economia política e da ética, deve figurar apenas como sugestão. De que modo, então, poderemos estabelecer, para o direito, uma legitimidade que assegure que nossa imaginação jurisprudencial não extrapole suas aptidões e crie novas ilusões?

A solução de Kelsen para essas questões consiste em adotar um procedimento formalista[8]. Para resolver a incerteza epistemológica, para enfrentar o problema do "erro no sistema da verdade", a resposta é o procedimento. Na democracia política, o debate e o voto oferecem um método para se chegar a um consenso político, enquanto o sistema jurídico pode criar uma verdade interna à legalidade.

> De acordo com o conteúdo de uma declaração do direito, um ato coercivo deve ser imposto sob condições específicas, e apenas sob essas condições; todavia, num caso concreto em que o ato coercivo, por exemplo a punição, tenha sido imposto, pode ser duvi-

8. "A 'pureza' de uma teoria do direito que visa à análise estrutural das ordens jurídicas positivas consiste apenas em eliminar de sua esfera problemas que requerem um método diferente daquele apropriado a seu problema específico. O postulado de pureza é uma exigência indispensável para se evitar o sincretismo dos métodos. (...) A eliminação de um problema da esfera da Teoria Pura do direito não implica, por certo, a negação da legitimidade desse problema ou da ciência que com ele lida. O direito pode ser objeto de ciências diversas; a *Teoria Pura* nunca pretendeu ser a única ciência possível ou legítima do direito. A sociologia do direito e a história do direito são necessárias a uma compreensão plena do fenômeno complexo do direito" ([1948] 1957: 294).

doso saber se a condição prevista na declaração de direito, por exemplo o crime, esteve de fato presente, ou se uma pessoa inocente não terá sido injustamente condenada pelo Estado. A ordem jurídica provê uma série de verificações dos julgamentos por tribunais superiores, mas, compreensivelmente, impõe um limite a tal série. O julgamento final termina em validade jurídica e não pode mais ser alterado. Na verdade, portanto, não se deveria considerar que a declaração do direito tenha força legal: se uma pessoa rouba, assassina etc., deve ser punida – pois como se vai determinar a verdade absoluta sobre o fato de alguém ter feito alguma coisa? Deveria ser assim: se, à luz de um procedimento específico, presume-se em última instância que alguém tenha roubado, assassinado etc., tal pessoa deve então ser punida. E, no que diz respeito a essa declaração, não se verifica nenhum erro judicial, nenhuma ilegalidade por parte do Estado (*ibid.*: 79).

A verdade, portanto, é intrínseca ao conjunto de procedimentos que a determinam. A culpa ou a inocência legal, a validade da imputação de culpa ou inocência, encontram-se no procedimento correto que se tenha adotado. O objetivo do procedimento é estabelecer a verdade, mas nunca se pode chegar à verdade absoluta. Existe sempre a possibilidade de alguma outra perspectiva, de algum outro passo a ser dado. A investigação, porém, deve cessar em algum momento.

Qual é o objeto da teoria jurídica? O direito, e o direito é uma criação humana. Qual é a "presença específica" para o direito? A "pessoa" humana não reduzida a um objeto das ciências empíricas, mas vista como pessoa dotada de uma alma que fornece o material da teologia; uma pessoa com capacidade jurídica, o sujeito jurídico[9]. Como a crença na existência da alma é necessária à religião, também a crença na existência do sujeito jurídico livre é necessária à teoria jurídica; porém, a crença na alma é tomada pela teologia para determinar a existência de Deus, e estabelece-se uma relação entre Deus e o sujeito cujo objetivo consiste em determinar uma unidade. O sujeito que crê é absorvido em seu amor a Deus e no amor de Deus a ele. Quando essa "unidade" é transferida para o sujeito jurídico, o Estado absorve o sujeito numa unidade orgânica. Contudo, quando analisamos a história do pensamento humano nos damos conta de que Deus não pode existir senão como encarnação da cristalização psicológica do homem – cristalização de seu temor reverencial diante do mistério da existência. Deus e o Estado só existem se, e na medida em que, neles se acredite, e todo o seu imenso poder, que impregna a história do mundo, entra em colapso se a alma humana conseguir abandonar essa crença (*ibid.*: 80). Precisamos destruir Deus a fim de nos tornarmos plenamente humanos; porém, ao eliminarmos nossa crença em Deus, corremos o risco de perder nossa capacidade de nos atribuir uma alma. Da mesma maneira, se despojássemos a idéia de Estado de toda

9. "Assim como o homem, criado à imagem de Deus, um ser espiritual, aparece no sistema teológico não propriamente como um organismo físico (isto é, animal), mas como alma, a teoria jurídica deve enfatizar categoricamente que o homem entra em suas considerações não como uma unidade biológico-psicológica, mas como uma 'pessoa', uma entidade especificamente jurídica; e, desse modo, ela cria seu homem à imagem do Estado, uma pessoa jurídica" (Kelsen, [1922] 1973: 79-80).

conotação expressiva, perderíamos faculdades intelectuais importantes enquanto sujeitos jurídicos? Provavelmente, mas conservaríamos nossa liberdade enquanto seres humanos.

Que dizer do positivismo jurídico?

A RACIONALIZAÇÃO INCOMPLETA DO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico não conseguiu libertar-se da tendência do direito natural de oferecer justificações à ordem contingente da sociedade. O positivismo jurídico de Austin, conquanto pretendesse separar a ciência do direito de todo conteúdo moral, na verdade terminou sendo uma defesa da economia política; uma defesa da propriedade privada. Uma ciência jurídica pura não deve justificar nada.

> Ao rejeitar uma justificação do Estado pelo direito, a Teoria Pura do direito não implica a impossibilidade de qualquer justificação desse tipo. Apenas nega que a ciência jurídica possa desempenhar tal função. Na verdade, nega que a tarefa da ciência jurídica consista em justificar o que quer que seja. A justificação implica um juízo de valor, e o juízo de valor é questão da ética e da política, mas não do conhecimento puro; a ciência jurídica se dedica a servir a esse conhecimento (Kelsen, 1935: 535).

A ESTRUTURA DA *TEORIA PURA*

Kelsen parecia aceitar a imagem weberiana da autoridade jurídica, e analisa sua estrutura formal. Ele introduz certos pressupostos sobre a natureza do sistema jurídico para criar sua *Teoria Pura*; em particular, presume que um sistema jurídico seja autônomo, completamente auto-suficiente e interligado de maneira lógica e sistemática. Os sistemas jurídicos são hierárquicos em sua estrutura (*Stufenbau*). A maior parte do que ele escreveu sobre a *Teoria Pura* diz respeito ao detalhamento das relações das normas com um sistema, a possibilidade de conflitos ou contradições entre as normas e a natureza da interpretação e da legislação.

O ponto de partida é a distinção que Kelsen faz entre o "ser" e o "dever-ser" do direito; ele se propõe a oferecer uma teoria "pura" que seja descritiva da estrutura jurídica existente. Todavia, o objeto da ciência jurídica é o material normativo da ordem jurídica; o "ser" da concepção kelseniana da ciência jurídica consiste numa descrição de proposições de "dever-ser" (jurídicas, não morais). A ordem jurídica consiste num sistema de proposições de *dever-ser*.

Kelsen interpreta Austin como um empirista relativamente simples, o que significa que Austin interrompeu sua análise num nível descritivo geral, sem proceder aos atos interpretativos necessários à contemplação da natureza especificamente jurídica da atividade social observada. Em essência, Kelsen acusa Austin de não ter compreendido a estrutura normativa da legalidade, e argumenta que, no fim, a teo-

ria austiniana pretendeu extrair uma série de proposições "dever-ser" de proposições "ser" (Kelsen, 1973: 271-287). As unidades estruturais básicas da teoria de Austin eram observações de fatos sociais, a redução da idéia de regras e obrigações aos comandos de um soberano e a aplicação desses comandos; à procura de dados empíricos para criar uma ciência do direito, o observador se dava conta das regularidades de um soberano que costumava ser obedecido e não obedecia a ninguém, e que comandava sujeitos que habitualmente obedeciam. Kelsen, porém, perguntou: "De que modo isso descreve o processo por meio do qual alguém 'deve' obedecer ao direito?"

Para Kelsen, as regras eram as características observáveis (na escrita etc.) de um sistema normativo. As regras eram, portanto, as características de superfície do direito, e as normas sua essência interior; conquanto elas possam ter dado origem aos atos de "vontade" de um Parlamento, ou à adoção de um costume por um juiz, uma vez aceitas como direito adquirem existência independente; sua validade não depende da vontade de um mandatário: "Uma norma é uma regra que afirma que um indivíduo deve comportar-se de determinada maneira sem afirmar, porém, que tal comportamento seja a vontade específica de alguém" (1973: 273). Num sistema jurídico, existem coisas que podemos observar empiricamente – regras e comportamentos – e coisas que não podemos observar – as normas – darem sentido aos eventos empíricos. As normas são o aspecto inteligível não-observável, a essência da ordem jurídica. E nossa análise tem de permanecer fiel à natureza das normas. Uma vez que a ordem jurídica nos impõe obrigações, essas obrigações – essas "proposições de *dever-ser*" – não podem provir de alguma ordem natural, mas apenas originar-se de um ato de vontade humano[10]. Os seres humanos criam normas mediante um ato de vontade humano que estipula que alguma coisa deve ser feita ou deixada de fazer. Uma vez estabelecidas, contudo, as normas podem assumir uma existência independente ao longo da duração da ordem jurídica[11]. O que é, porém,

10. "Enquanto sistema de fatos ligados entre si segundo a lei de causalidade, a natureza não tem vontade e, portanto, não pode prescrever um comportamento explícito para o homem. A partir de fatos, quer dizer, daquilo que existe ou é concretamente feito, não se pode inferir aquilo que deve existir ou ser feito. Na medida em que a doutrina do direito natural tenta inferir, da natureza, normas de comportamento humano, ela tem por base uma falácia lógica.

O mesmo se pode dizer a propósito da razão humana. As normas que prescrevem o comportamento humano só podem emanar da vontade humana, e não da razão humana; portanto, a afirmação de que o homem deve comportar-se de determinada maneira só pode ser tocada pela razão humana sob a condição de que, por vontade humana, instituiu-se uma norma que prescreva esse comportamento; a razão humana pode compreender e descrever tal comportamento, mas não pode prescrevê-lo. Descobrir normas de comportamento humano na razão humana é a mesma ilusão que inferi-las da natureza" (Kelsen, em *What is Justice*, 1957: 20-21).

11. Não vejo motivo para afirmar que Kelsen estivesse envolvido com qualquer versão de algum ideal platônico ou de essência das normas. Sua teoria da justiça não é nossa busca humana da estrutura ideal das normas ou de qualquer coisa do gênero; os seres humanos criam normas, mas uma vez criadas elas ganham existência própria. Vejo mais semelhanças com a idéia dos "três mundos", de Karl Popper, do que com qualquer vertente do pensamento platônico.

esse tipo de *dever-ser*? Trata-se de um *dever-ser* moral? A existência mesma de um sistema jurídico implica que lhe devemos prestar obediência moral? Não. Trata-se de um *dever-ser* jurídico, não moral. A descrição da ordem jurídica como um conjunto de proposições de *dever-ser* é muito diferente de se dizer o que o direito deve ser (prescrevendo-se um conteúdo substantivo) ou de afirmá-lo digno de respeito moral.

> As normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. Não existe nenhum tipo de comportamento humano que, devido a sua natureza, não se pudesse transformar num dever legal correspondente a um direito legal (1945: 113).

As normas jurídicas são um subgrupo específico de normas. Sua especificidade decorre do fato de que (i) uma norma é, em essência, uma diretriz para as ações – pode impor um dever, mas também equivaler a uma permissão; e (ii) enquanto as normas morais são meras proposições que descrevem nossas preferências comportamentais subjetivas – sendo, portanto, impossível demonstrar objetivamente a existência do direito natural –, as normas jurídicas são institucionalizadas, o que significa que são dotadas de caráter subjetivo e objetivo.

Nota: para Kelsen, os juízos morais são essencialmente irracionais, no sentido de que têm origem na expressão de nossos sentimentos ou intuições. O relativismo moral, ou a situação em que nenhuma verdade moral absolutamente válida pode ser demonstrada, é o destino da modernidade. É o aspecto procedural da ordem jurídica que confere às normas jurídicas sua validade objetiva. Dispomos da conclusão oposta àquilo que motivou o projeto final de Austin, que ficou incompleto. Ele tinha esperança de presenciar a união do direito e da ética – uma ciência conjunta de ambos –, mas Kelsen, sem jamais insinuar que a razão de Austin ter deixado seu projeto inconcluso tivesse sido sua incapacidade de levar a cabo tal tarefa, argumenta que o irracionalismo de valor (a impossibilidade de comprovar cientificamente uma estrutura coerente que aglutinasse todas as posições de valor) implica que o direito não pode ser uma extensão natural da verdade da ética, uma vez que esta está condenada ao pluralismo[12]. Em sua pureza, o sistema jurídico é uma estrutura de ordem; sua finalidade é não-jurídica; o sujeito de outras ciências sociais.

12. Assim, Lee argumenta que Kelsen nos oferece "uma concepção do positivismo jurídico como filosofia da ordem, mas não da reforma. Conceitualmente, a noção de boa ordem foi considerada vazia, trivial e insignificante. Se assim for, o direito só pode, de fato, reforçar a ordem". Isso só é correto em parte, uma vez que Kelsen acredita que o direito, enquanto técnica social específica, pode ser usado para um grande número de fins. Além disso, Lee afirma que Kelsen não pode ter uma teoria da justiça, e que seu positivismo jurídico equivale à preservação da ordem legal. Isso é um erro. Kelsen exime a ciência jurídica da responsabilidade de construir a "boa" ordem, mas nos deixa à vontade para argumentarmos como economistas, cientistas políticos, pessoas em busca da justiça.

A NATUREZA ESPECÍFICA DA NORMA JURÍDICA

"O direito é uma ordem para o comportamento humano" (1945: 3) criada pelo método jurídico, que "designa uma técnica específica de organização social" (*ibid.*: 5). Essa técnica é essencialmente: (i) uma metodologia coerciva que opera através do uso sistemático de sanções; e (ii) aplicada por agentes ou funcionários autorizados pela ordem jurídica a aplicar sanções. Essas duas condições assinalam o que há de único no direito e o que há de comum a todos os usos da palavra "direito", permitindo que a apliquemos "como se fosse a expressão de um conceito dotado de um significado extremamente importante do ponto de vista social" (*ibid.*: 19). Esse conceito é, porém, verdadeiro no que diz respeito à verdade histórica; historicamente, o direito tem sido uma prática associada à coerção[13].

Enquanto desenvolve ou interpreta um elemento normativo das "regras", Kelsen parte do realismo de Austin para enfatizar a realidade da coerção e o papel das autoridades: uma norma jurídica é uma proposição de *dever-ser* que tem em tais autoridades seu destinatário, permitindo que apliquem uma sanção em determinadas circunstâncias. Em geral, o direito consiste em diretrizes para que as autoridades apliquem sanções no caso de ocorrer algum comportamento contrário ao que exige a ordem jurídica. O direito, porém, não é simplesmente proibitório; pode permitir que as pessoas estabeleçam relações sólidas e reformulem transações, como, por exemplo, na feitura de um testamento. O direito é uma forma de controle social que atua ou mediante a imposição de deveres ou da concessão de poderes às autoridades, para que elas apliquem sanções. A ciência jurídica observa a subjetividade das normas por trás das normas jurídicas, como "os ladrões devem ser punidos", e a transpõe para a objetividade da ordem jurídica, como "se alguém roubar, então as autoridades legalmente constituídas devem aplicar a devida sanção".

Estritamente falando, um cidadão não tem, de modo algum, uma norma jurídica que a ele se dirija. Se um cidadão faz alguma coisa que deflagra as circunstâncias nas quais uma autoridade deve aplicar uma sanção, esse cidadão não fez nada de contrário à norma jurídica; na verdade, ele praticou aquilo que Kelsen chama de "delito". Se nós, como cientistas do direito, procurarmos compreender de que modo a política de proteger a propriedade ou impedir o roubo funciona no contexto do

13. "Se a teoria pura do direito pressupõe que a coerção é um elemento essencial do direito, assim o faz porque um exame criterioso das ordens sociais chamadas de 'direito' na história da humanidade apresenta um elemento comum, um elemento de grande importância na vida social: todas elas prescrevem atos coercivos em forma de sanções. Ao definir o conceito de direito como uma ordem coerciva, isto é, como uma ordem que prescreve atos coercivos em forma de sanções, a *Teoria Pura do direito* simplesmente admite o sentido que o termo 'direito' tem assumido na história da humanidade. Ao definir o direito como uma ordem coerciva, a *Teoria Pura do direito* concebe o direito como uma técnica social específica. Essa técnica se caracteriza pelo fato de que a ordem social, chamada de 'direito', tenta extrair um certo comportamento dos homens, tido como desejável pelos legisladores, ao aplicar atos coercivos em forma de sanções nos casos de comportamento divergente" (Kelsen, 1957: 289).

direito, veremos que o sistema jurídico não afirma que "ninguém roubará"; em vez disso, tem uma Lei Sobre o Roubo que estipula as condições que configuram esse tipo de crime, e então estipula certas sanções que serão aplicadas a quem o tiver praticado. Em parte alguma o sistema jurídico diz "ninguém roubará"; ao contrário, e de modo objetivo, diz que "se alguém roubar, será punido".

Kelsen afirma que as normas sociais específicas, como "não se deve roubar", são normas subjetivas que podem ou não ser compartilhadas por mais pessoas além das que constituem o corpo soberano que interpreta a ordem jurídica. A vontade subjetiva ou a proposição prescritiva que a norma coerciva ou jurídica particular enuncia fica por trás apenas da objetividade da ordem jurídica. Esta, contudo, pode impor uma objetividade jurídica ao relativismo moral; está aí sua grande vantagem. Numa democracia, a norma moral-social que sustenta a norma jurídica ou coerciva pode ser compartilhada por muitos; num regime totalitário, pode ser compartilhada por apenas um pequeno grupo; a ordem jurídica contém uma norma jurídica objetiva em ambas as circunstâncias. Kelsen chama a primeira norma social ou moral de "norma secundária", e a norma jurídica genuína de "norma primária". Observe-se: somente a norma primária é vista como uma norma jurídica verdadeira. No esquema de Kelsen, argumentar que ambas as normas fazem parte de um sistema jurídico seria cair na armadilha do pensamento do direito natural, em que uma visão de mundo fundamentalmente subjetiva (não importa quão amplamente compartilhada) é considerada como a ordem natural das coisas, exigindo que o direito assuma uma certa forma substantiva[14]. O direito é puro, e pode adequar-se ao topo de qualquer estrutura social ou moral que se desejar; até mesmo o evento que constitui um crime não é, estritamente falando, uma contradição da ordem jurídica; ao contrário, é o evento (que Kelsen chama de "delito") que põe em ação a norma jurídica e a aplicação da sanção.

> O direito é a norma básica que estipula a sanção, e essa norma não é contestada pelo delito do sujeito que, ao contrário, constitui a condição específica da sanção (1945: 61).

À sua busca da essência do sistema jurídico, Kelsen combina uma observação positivista do papel das autoridades com as instituições jurídicas. As instituições apli-

14. "Para a opinião corrente, existem dois deveres ou normas jurídicos especificamente ligados entre si: (1) você deve comportar-se de determinada maneira; (2) se você (...) infringir o dever e/ou norma designados em (1), será alvo de um ato coercivo. Mas isso não será suficiente, pois não corresponde à estrutura do direito positivo, que se apresenta fundamentalmente como uma ordem de coerção. Toda essa distinção entre uma norma primária e uma declaração de direito secundária que, no caso de violação da primeira norma mencionada, determina um ato de coerção, não é apenas supérflua, mas também enganadora, porque a função de obrigar a uma (...) declaração de direito que determina um ato de coerção introduzido em (2) e, no sistema de direito positivo, considerado como uma ordem essencialmente coerciva, apenas por isso (...) todo esse dualismo de uma primeira norma e uma segunda, que ameaça a violação da primeira com o ato de coerção, provém claramente do raciocínio do direito natural" (Kelsen, em Weinberger, 1973: 53-4).

cam o procedimento da verdade do direito a técnicas probatórias de aplicar procedimentos de verificação a fatos questionados, para verificar se ocorreu algum delito: isso é um processo jurídico, e em seguida aplica-se a norma jurídica; às vezes, a verdade jurídica contradiz a norma jurídica – como no caso de uma convicção falsa –, mas ainda assim é esse o funcionamento do direito[15]. Ao associar uma análise das regras do direito à ação do direito, Kelsen está à procura da estrutura subjacente à aparência deste. Ao fazê-lo, ele acredita ser necessário pressupor que uma estrutura profunda uniforme esteja na base de todo o direito, e representa isso como um conjunto de normas que assume a forma de (diferentes) instruções às autoridades, dizendo-lhes que apliquem sanções em determinadas circunstâncias. Ao fazer distinção entre o que chama de "regras de direito em sentido descritivo" e normas jurídicas, Kelsen pede que a ciência jurídica se abstenha da mera análise doutrinária. Uma abordagem doutrinária identificaria o direito como "regras de direito em sentido descritivo", como, por exemplo, os diversos parágrafos da Lei de Direito de Propriedade de 1925, ou as diferentes regras provenientes da jurisprudência. Porém, diz ele, essas regras só descrevem parcialmente o que são as leis verdadeiras, que são as normas jurídicas ou proposições de *dever-ser* dirigidas às autoridades. Ao contrário disso, compete à ciência jurídica transcrever toda a matéria-prima de nossa ciência produzida pelas autoridades jurídicas em forma de afirmações que descrevem o que são as normas jurídicas. Em outras palavras, uma boa descrição do direito exige que tudo que identificarmos como direito deve ser convertido em enunciados do tipo: "se uma pessoa faz X, uma autoridade Y deve aplicar uma sanção Z". Uma das tarefas dos cientistas jurídicos consiste em produzir as normas jurídicas inerentes às regras do sistema.

AS FACULDADES INTERPRETATIVAS DO CIENTISTA JURÍDICO

Em termos neokantianos, decompomos nossas faculdades de observação. Se simplesmente observarmos eventos que ocorrem no mundo espaço-temporal – o mundo dos eventos factuais simples –, não teremos como identificar o que é significativo a propósito desses eventos; eventos ou "fatos" isolados não podem ter importância em si mesmos. Para dar sentido ao mundo, contamos com as narrativas da vida cotidiana, nossa memória e, em termos kantianos, com nossas categorias de entendimento. Desse modo, o significado jurídico de um ato não é alguma coisa que os sentidos percebam facilmente; a importância jurídica de um ato ou evento é determinada ao se interpretá-lo por meio dos materiais que a memória nos oferece: as narrativas da vida social e, para o cientista jurídico, os instrumentos específicos da

15. Como afirmou Kelsen em 1928: "Se alguém estiver validamente condenado por um roubo que, na verdade, nunca cometeu, a norma geral do direito positivo, para a qual 'quem quer que roube será punido', certamente não se concretiza, mas ainda assim 'o direito foi aplicado'" (Kelsen, em Weinberger, 1973: 48).

interpretação jurídica. Especificamente, a existência de um conjunto jurídico de leis, por exemplo, as que dizem respeito ao assassinato de outros seres humanos determinam que o ato de matar é um assassinato.

> [Identificar] um ato como a execução da pena de morte, e não como um assassinato (...) resulta de um processo mental: da confrontação desse ato com o código penal e o código de processo penal (1967: 4).

O MATERIAL PARA A INTERPRETAÇÃO SE ENCONTRA NA IDÉIA DE VALIDADE JURÍDICA DO SISTEMA JURÍDICO

Ao argumentar que as coletâneas jurídicas, de leis ou precedentes judiciais, funcionam como um esquema de interpretação, Kelsen situa as normas jurídicas no contexto de uma teoria da validade jurídica que é uma teoria hierárquica, ou de busca das origens. As normas jurídicas recebem sua validade de normas mais elevadas e gerais, até que se chega a um ponto em que nos detemos: nesse ponto nos deparamos com o que Kelsen chama de *norma básica*, ou *Grundnorm*, que confere validade a toda a ordem jurídica. Dada a forma particular da norma jurídica – a saber, a aplicação sistemática de sanções pelas autoridades, de modo que as leis sejam, em essência, diretrizes para que essas autoridades apliquem sanções em determinadas circunstâncias –, a hierarquia das normas deve ser vista como uma hierarquia de diretrizes cuja função consiste em permitir que as autoridades apliquem sanções. Estas vão, como afirma Kelsen, desde a "sanção concreta", que assume a forma de uma diretriz específica para que uma pessoa específica aplique uma sanção específica, como um juiz dizer a um oficial de justiça que aplique uma isenção aos bens de alguém depois que uma ordem de execução foi emitida, até a forma mais geral, nos moldes da norma básica que diz: "as leis coercivas devem ser aplicadas de acordo com a (historicamente) primeira Constituição". Kelsen descreve como isso funciona num famoso exemplo em que compara as exigências de um gângster que quer dinheiro com as de um coletor de impostos:

> A ordem de um gângster para que lhe passem uma certa quantia de dinheiro tem o mesmo significado objetivo que a ordem de um coletor de impostos; em outras palavras, o indivíduo a quem a ordem se dirige deve pagar alguma coisa. Contudo, somente a ordem do coletor, e não a do gângster, tem o significado de uma norma válida que obriga legalmente o indivíduo ao qual se dirige. Somente a primeira ordem, e não a segunda, é um ato que impõe uma norma [que deve ser obedecida], porque o ato do coletor é autorizado por uma lei de impostos, enquanto o do gângster não tem por base nenhuma norma semelhante que o autorize. O ato legislativo [isto é, a criação ou postulação do direito tributário] que tem, subjetivamente, o sentido de um *dever-ser*, tem também o sentido objetivo – isto é, o sentido de uma norma válida –, pois a constituição conferiu esse sentido objetivo ao ato legislativo [a Constituição determinou a metodologia para a criação de leis válidas]. O ato cujo sentido está na Constituição não tem apenas o sentido

subjetivo, mas também o sentido objetivo de um *dever-ser*, ou seja, o caráter de uma norma obrigatória, se – caso se trate de uma (historicamente) primeira Constituição – presumirmos, em nosso pensamento jurídico, que devemos nos comportar nos termos previstos pela Constituição (1970: 8).

Vemos, aqui, a cadeia de autorização e função essencial da norma básica, ou *Grundnorm*. Uma vez que somente as normas podem validar outras normas, a validade de uma norma é estabelecida quando a situamos no contexto de uma hierarquia de normas. Uma vez que aceitemos essa imagem, toda a questão do funcionamento da ordem jurídica pode se resumir a essa classificação interpretativa; por exemplo, a validade jurídica do ato oficial da imposição de uma multa. Como evento factual, uma pessoa deixa seu carro em determinado lugar e, algumas semanas depois, recebe uma multa. Em si mesmos, os eventos factuais não nos dizem nada; precisam ser interpretados por meio das leis aplicáveis para que possamos identificar a importância jurídica dos atos factuais. Examinamos a decisão e constatamos que a pessoa foi multada de acordo com uma lei orgânica da cidade, e que esta foi aplicada nos termos de uma lei municipal. Examinamos esta última e descobrimos que foi promulgada de acordo com o procedimento que a torna válida conforme Lei do Parlamento. Em cada etapa desse processo, em nossa busca da busca das origens estamos procurando uma norma mais geral que incorpore a mais específica. Há, portanto, uma relação de vinculação lógica entre as normas mais gerais e as mais específicas. Todas as leis do Parlamento são válidas. A Lei de Testamentos é uma lei do Parlamento. Portanto, trata-se de uma lei válida. Todos os documentos redigidos de acordo com a Lei de Testamentos são válidos. Portanto, este documento redigido de acordo com a Lei de Testamentos é válido, e assim por diante. Haverá um ponto final necessário? Subir pela cadeia de validade ou hierarquia do direito a fim de encontrar o fundamento de sua juridicidade deverá, necessariamente, implicar que se chegue a um ponto final que configure a base de todo o processo?

Kelsen argumenta que devemos extrair um sistema lógico do material de ordem jurídica. Além disso, ele parece argumentar que é somente ao presumir esse ponto final que podemos conferir sentido às atividades concretas das autoridades jurídicas e dos juristas do círculo acadêmico. Se fôssemos dar continuidade ao processo, não conseguiríamos nunca estabelecer a validade de qualquer norma, pois teríamos de chegar ao infinito. Contudo, uma vez que podemos estabelecer a validade das normas jurídicas, deveremos ser capazes de remontar a alguma norma fundamental que confira validade a todas as outras normas.

A *GRUNDNORM*, OU NORMA BÁSICA, É UM PRESSUPOSTO DO PENSAMENTO, E NÃO UM FATO OU UMA ENTIDADE EMPÍRICA

Chegamos à norma básica quando não podemos, em princípio, dar mais um único passo atrás em nossa cadeia de validade. E assim descobrimos, ao buscar fundamento do título jurídico de uma lei municipal, que chegamos ao ponto para além

do qual não há como prosseguir: em outras palavras, estaremos diante do fato de que a lei municipal foi, em última análise, legitimada pelo Parlamento. Se nos perguntarmos qual a razão da validade das leis do Parlamento, a resposta será o conjunto de postulados que formam a Constituição. Se perguntarmos por que a Constituição confere validade ao processo autorizado pela Constituição, a resposta será: é isso, exatamente, o que pressupomos.

> A norma que representa a razão da validade de outra norma é chamada de norma "superior". Porém, a busca da razão da validade de uma norma não pode prosseguir indefinidamente. Deve terminar em uma norma cuja existência (...) se presume. Deve ser presumida porque não pode ser "postulada", isto é: criada por uma autoridade cuja competência teria de basear-se em uma norma mais superior ainda (...). Essa norma que se pressupõe mais elevada é (...) a norma básica. Todas as normas cuja validade pode remontar a uma e à mesma norma básica constituem um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma básica é a origem comum da validade de todas as normas que pertencem à mesma ordem – é a razão da validade delas (1970: 194-5).

Para dar sentido a uma norma jurídica, devemos pressupor que toda ordem jurídica tem uma norma básica. No caso de algumas ordens jurídicas, podemos fazer nossa cadeia remontar a uma Constituição e descobrir que esta foi criada de acordo com uma Constituição anterior, e até mesmo que talvez pudéssemos descobrir que essa Constituição foi, por sua vez, criada de acordo com uma Constituição ainda mais remota no tempo. Em última análise, porém, haverá um ponto para além do qual não poderemos prosseguir:

> Ao fim e ao cabo, chegamos a uma Constituição que é historicamente a primeira, e que foi formulada por um usurpador individual ou por algum tipo de assembléia. A validade dessa primeira Constituição é o último pressuposto, o derradeiro postulado do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. Nela se determina que devemos nos comportar conforme determinou/determinaram aquele/s que a formulou/formularam (1945: 15).

Não é a primeira Constituição que funciona como base de convalidação, mas uma norma mais básica: "A norma básica é a de que os atos devem ser praticados nos termos da (historicamente) primeira Constituição, e não a da primeira Constituição."

A Constituição em si não pode ser a norma básica, uma vez que se trata de um documento factual ou de uma série de postulados, e não de uma norma. A contrário, a norma básica prescreve que "os atos devem ser praticados nos termos da Constituição". Não há, porém, nenhuma autoridade para determinar que assim seja ou fazer cumprir o que aí se determina; trata-se de algo que devemos pressupor[16]. Nos sis-

16. Kelsen gostava de ilustrar isso com o exemplo de um pai que conversa com o filho sobre sua ordem para que este vá para a escola (exemplo seguinte, 1986: 112). O filho pergunta: "Por que devo ir à escola?", e

temas jurídicos que não têm Constituição escrita, a Constituição decorre do costume. A norma básica desses sistemas jurídicos assume a seguinte forma: "Os atos coercivos devem ser aplicados de acordo com o modo costumeiro de se praticar o direito em cada país." Uma vez que o Reino Unido e a Nova Zelândia, por exemplo, não têm Constituição escrita, temos de pressupor que a norma básica dessas sociedades é costumeira. Uma norma básica ainda assim estrutura o processo de validação, e é possível que uma das normas constitucionais básicas autorizadas ou legitimadas por essa norma básica seja: "As leis coercivas devem ser aplicadas de acordo com o que for aprovado no Parlamento." Outra norma constitucional "básica" seria: "Os atos coercivos devem ser aplicados de acordo com as decisões tomadas pelos tribunais do *common law*." Como tudo isso se harmoniza entre si, e qual a função exata da norma básica? Talvez seja melhor deixar que as palavras de Kelsen falem por si mesmas:

> A norma básica estabelece a validade do direito positivo e exprime o caráter hipotético/relativo de um sistema de normas revestido apenas da validade do direito positivo. Não se trata apenas da hipótese de uma teoria especial do direito. Trata-se da mera formulação de um pressuposto necessário a qualquer compreensão positivista de matérias jurídicas. Simplesmente traz à consciência o que todos os juristas fazem quando, mesmo inconscientemente, no entendimento da questão de que se ocupam, rejeitam o direito natural (isto é, limitam-se ao direito positivo) e, ainda assim, consideram os dados de seu conhecimento não como meros fatos de poder, mas como direito, como normas. Em geral, eles entendem as relações legais com as quais estão envolvidos não como a relação natural de causa e efeito, mas como as relações normativas de obrigações e direitos. Todavia, por que motivo um ato humano, que ocorre no tempo e no espaço e é apreensível pelos sentidos, é interpretado como um ato jurídico (uma transação legal ou uma decisão jurídica) intrínseco ao significado de qualquer direito positivo (alemão, francês ou inglês)? Por que se deve considerar tal ato como uma norma, e não apenas como mero evento na realidade? Por que se deve, também, conferir um significado objetivo ao significado subjetivo desse ato? Em outras palavras, por que não se diz, apenas, que determinado indivíduo exige que outro aja de determinada maneira, mas na verdade argumenta que um tem o direito de determinar, e que o outro é obrigado a agir de acordo com o que foi determinado? Por que pressupomos que aquilo que o ato em questão comunica, subjetivamente, deve ser objetivamente aplicado pelo direito? Eis a resposta do jurista positivista: porque esse ato individual se baseia em uma norma, uma regra geral, uma lei, porque a lei prescreve que um indivíduo deve agir como as partes assim o determinaram em sua negociação legal, ou como o juiz ordenou em sua sentença. Podemos ainda perguntar por que essa "lei" representa uma norma, por que razão é objetivamente válida. *Prima facie*, a "lei" é mera questão factual, isto é, o fato de diversas pessoas terem expresso sua vontade de que outras devem, a partir de então, agir de determinada maneira. Por que, porém, deve a vontade expressa por essas pessoas, nestas circunstâncias particulares, significar uma "lei" enquanto, se outros em outras circunstâncias a expressassem, não teriam de modo algum o mesmo significado? Aqui, devemos responder: O evento que interpretamos como criador de uma lei está em conformidade com uma norma ainda mais elevada, a Constituição, porque essas pessoas foram dotadas, pela Constituição, do poder de criar leis. Essa "Constituição" nada mais é, por sua vez, do que um evento factual *prima facie* cujo significado normativo só pode ser encontrado se recorrermos à Constituição anterior, de acordo com as regras com as quais foi criada. Esse recurso deve, em última análise, terminar na Constituição original, que não mais se pode derivar de uma Constituição mais anterior ainda. O jurista positivista, que não pode ir além dos fatos fundamentais, pressupõe que esse fato histórico original tem o significado de "Constituição", que a decisão de uma assembléia de homens ou a ordem de um usurpador tem o significado normativo de uma lei fundamental. Somente ao fazer tal pressuposto pode ele demonstrar o significado normativo de todos os outros atos que entende como atos legais simplesmente porque, em última análise, ele os faz remontar à Constituição original. A norma básica hipotética que estabelece o legislador original expressa esse pressuposto; formula-o conscientemente, nada mais. Isso significa que o positivismo jurídico não vai além dessa Constituição original para produzir uma justificação material e absoluta da ordem jurídica. Pára nesse ponto. A norma básica é um pressuposto indispensável porque, sem ela, não se poderia estabelecer o caráter normativo do evento histórico básico. Esse ato fundamental a que o jurista positivista recorre, e para além do qual vê seu caminho obstruído, é interpretado como um ato de criação de direito do modo como vem expresso na norma básica, que por sua vez não é justificada por uma norma superior e portanto transmite, ela própria, nada além de uma validade hipotética (*The Basic Norm of Positive Law* [A norma básica do direito positivo], pp. 395-6).

o pai responde: "Porque Deus determinou que os pais sejam obedecidos – isto é, autorizou os pais a dar ordens aos filhos." O filho, porém, pode replicar: "E por que deveria alguém obedecer às determinações de Deus?" O mero fato de que Deus existe, e até mesmo a crença em que ele é o todo-poderoso criador do cosmo, não oferece uma resposta à pergunta "Por que suas ordens devem ser obedecidas?". Em última análise, a razão é a seguinte: "Porque, na condição de crente, uma pessoa pressupõe que se deva obedecer às determinações de Deus. Isto é, a afirmação da validade de uma norma deve ser pressuposta no ponto de vista de um crente de que é preciso estabelecer a validade das normas de uma moral religiosa."

Em resumo, este é um processo de busca da fundamentação da juridicidade no qual: (i) a norma jurídica não é um fenômeno empírico (não é alguma coisa escrita, por exemplo); ao contrário, é um fenômeno inteligível imputado à estrutura empírica da ordem jurídica, e dá uma diretriz que inclui a permissão para que uma autoridade aplique uma sanção em determinadas circunstâncias; (ii) as autoridades do sistema constituem o sujeito principal das normas jurídicas; (iii) as atividades empíricas dos cidadãos que fazem funcionar o sistema jurídico na verdade não infringem as normas jurídicas; em vez disso, praticam delitos, eventos factuais que atendem às condições que dão origem à aplicação oficial de sanções; (iv) as normas jurídicas só podem ser validadas por outras normas, que são de abrangência mais geral. Esse processo leva, potencialmente, ao infinito; para interrompê-lo, devemos postular a existência de (v) uma norma básica final que não dependa de outra norma para ser válida. Isso organiza o sistema e confere unidade à ordem jurídica.

Até 1963, Kelsen descrevia a norma básica em termos de um postulado ou pressuposto teórico. Uma vez que sua função consiste apenas em deixar claro o que queremos dizer, essa norma tem apenas uma função cognitiva ou epistemológica[17].

> Ao contrário do que ocorre com uma norma jurídica positiva, a norma básica não é válida por ter sido criada de determinada maneira por um ato legal, mas (...) é válida porque se pressupõe que assim o seja, porque sem esse pressuposto nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico (1945: 116).

Mas quem, exatamente, pressupõe a norma básica? Kelsen às vezes parece insinuar que é qualquer pessoa que exista como cidadão de um sistema jurídico e fale sobre a validade de determinada lei, porque o que confere sentido a tais afirmações é a norma básica. Portanto:

> A norma básica é apenas o pressuposto necessário a qualquer interpretação positivista do material jurídico (1945: 116).

Todavia, ele também se refere ao fato de a norma ser um pressuposto dos "juristas":

> Ao formular a norma básica (...) nós apenas explicitamos aquilo que todos os juristas, em geral de modo inconsciente, pressupõem quando consideram o direito positivo como um sistema de normas válidas, e não como um complexo de fatos (1945: 116).

Em outro texto (*The Pure Theory*, 1970: 204-5), ele a menciona como uma regra pressuposta pelo que chama de "cientista jurídico"; trata-se do postulado necessário a que o cientista jurídico possa desincumbir-se da tarefa de analisar o sistema jurídico. Devemos assinalar, porém, que duas coisas são afirmadas: a primeira é que qualquer pessoa que interprete a lei como válida, e portanto, segundo Kelsen, pressupõe consciente ou inconscientemente uma norma básica que atribua validade a todas as leis, não aceita, necessariamente que a lei seja moralmente válida; segundo, não é necessário que ninguém pressuponha a validade de uma ordem jurídica[18]. Este segundo ponto é crucial: poderíamos não querer tratar a ordem jurídica como uma instância sistemática, caso em que não precisamos pressupor uma *Grundnorm*. Sem dúvida, porém, o resultado será que não conseguiremos praticar uma ciência jurídica positivista[19].

17. Como Bevleveld e Brownsword afirmam em sua discussão da norma básica (*Law as Moral Judgment* [O direito como juízo moral], 1985: 239), a chave para o entendimento de Kelsen está no entendimento de sua epistemologia:

(i) a norma básica desempenha apenas uma função epistemológica, e não uma função ética ou política;

(ii) o pressuposto da norma básica não implica uma atitude de aprovação do sistema de normas que ela convalida;

(iii) nem a norma básica, nem as normas por ela validadas têm algum conteúdo necessário. Porquanto sejam normas morais, são apenas formalmente morais. Não são substancialmente (materialmente) morais;

(iv) uma ordem positiva, efetiva e coerciva não pode nunca ser descrita como legalmente inválida, ainda que, pela impossibilidade de referir-se a ela em termos de uma norma básica, pode-se descrevê-la em termos não-jurídicos.

A RELAÇÃO ENTRE VALIDADE E EFICÁCIA

É condição necessária do pressuposto ou da hipótese da norma básica que o sistema de normas ao qual ela remete e, portanto, convalida, seja eficaz em determinada esfera. É vital observar que esta é apenas uma condição necessária, e não uma condição suficiente.

> A eficácia de toda a ordem jurídica é uma condição necessária à validade de cada norma da ordem, uma condição *sine qua non*, mas não uma condição *per quam*. A eficácia da ordem jurídica como um todo é uma condição, e não a razão da validade de suas normas constituintes (1945: 119).

18. Ver, de Kelsen, "Professor Stone and the Pure Theory of Law" (1965), 17 *Stan LR* 1128, 1143: "Um aspecto essencial de minha teoria da norma básica é que não é necessário pressupor a norma básica (...). Um comunista pode, na verdade, não reconhecer que haja uma diferença essencial entre uma organização de gângsteres e uma ordem jurídica capitalista (...). Ele não pressupõe – como o fazem aqueles que interpretam a ordem coerciva como uma ordem normativa objetivamente válida – a existência da norma básica."

Ao explicar como o cientista jurídico encontra valores no sistema, Kelsen argumenta (1971: 226-27): "Dando por certa a existência da norma básica, podemos submeter os juízos de valor jurídicos baseados na pretensa norma básica a um teste objetivo. Contudo, não há necessidade de pressupor a norma básica. Podemos nos abster de interpretar o comportamento humano de acordo com as normas jurídicas, isto é, de acordo com o significado implícito em certos atos humanos. O sistema de normas que chamamos de 'ordem jurídica' é um esquema possível, porém não necessário, de interpretação. Um anarquista se recusará a falar em comportamento 'legítimo' e 'ilegítimo', de 'deveres legais' e 'direitos legais', ou de 'delitos'. Ele entenderá o comportamento humano meramente como um processo por meio do qual um força o outro a comportar-se em conformidade com seus desejos ou interesses. O anarquista rejeitará a teoria normativa de valor, e aceitará apenas a teoria do interesse. Em suma, ele se recusará a presumir a norma básica que prescreve que é preciso comportar-se de acordo com o significado implícito em certos atos humanos."

19. O erro em que incorrem muitos comentaristas consiste em pressupor que, para Kelsen, tal sistema é, desse modo, logicamente "justo". Vejamos o que diz Raz, por exemplo: "Para um indivíduo, pressupor a norma básica equivale a interpretar o sistema jurídico como normativo, isto é, justo" (1979: 138). O erro de Raz talvez decorra do fato de ele encontrar, inconscientemente, uma concepção organicista no sistema de Kelsen. Por exemplo, Raz afirma: "Para Kelsen, todos os valores endossados por um indivíduo, todas as suas opiniões morais, formam necessariamente um sistema normativo baseado em uma norma básica." Kelsen, porém, tem uma imagem mecanicista do sistema, e não uma imagem organicista, como o demonstram seus comentários dirigidos a Durkheim. A imagem organicista nos estimula a pensar o sistema como se este tivesse vida, ou como se fosse mais do que sua mera fachada. Kelsen vê o sistema jurídico como uma mera estrutura que não tem vida própria; a vida lhe é insuflada por processos sociais e políticos.

Que significa isso? Primeiro, o mero fato de que existe um conjunto efetivo de normas em operação numa sociedade específica – isto é, um conjunto de diretrizes para que as autoridades apliquem sanções em determinadas circunstâncias – não assegura que haja um conjunto de leis válidas nessa sociedade (e, portanto, não determina para o cientista social que haja um sistema jurídico em operação em tal esfera). O simples fato de que podemos observar a eficácia – relações de causa e efeito entre a aplicação de sanções pelas autoridades e o comportamento não delitual dos cidadãos – não nos confere o conhecimento de um conjunto válido de normas. Em outras palavras, os fatos de eficácia não significam validade; esta requer o pressuposto de que as normas do sistema sejam válidas.

Em segundo lugar, uma vez que Kelsen afirma que a eficácia é uma condição necessária à validade de uma ordem jurídica, isso significa que só podemos pressupor ordens efetivas de normas como ordens válidas, e disso se segue que, tão logo um sistema jurídico perca sua eficácia, por mais que queiramos pressupor sua validade não teremos como fazê-lo.

Para que uma norma jurídica perca sua validade, toda a ordem jurídica à qual pertence deve perder sua eficácia. Como podemos julgar? Kelsen apresenta uma interessante proposição: quando não mais fizer sentido, para um jurista do meio acadêmico, dedicar-se à análise das leis de um regime anterior.

Em suma: não se pode ter validade sem eficácia, mas é possível ter eficácia sem validade. Portanto, a eficácia não é uma condição suficiente para a validade de uma ordem jurídica, mas é uma condição necessária.

A SINGULARIDADE DA NORMA BÁSICA

Existe apenas uma, uma única norma básica para cada sistema jurídico, e é ela que confere ao sistema sua unidade:

> O fato de uma norma pertencer a um certo sistema de normas, a uma certa ordem normativa, só pode ser verificado ao se determinar que ela extrai sua validade da norma básica que constitui a ordem (1945: 111).

A norma básica assegura que todas as normas por ela validadas não se contradizem entre si. A norma básica unifica e dá "sentido" a um conjunto de normas não-contraditórias.

> (...) o princípio de não-contradição deve ser pressuposto na idéia do direito, uma vez que sem ele a noção de legalidade seria destruída. Esse pressuposto por si só, que é contido na norma básica, permite que o conhecimento jurídico ofereça uma interpretação significativa do material jurídico (1945: 406).

Se duas normas parecem contradizer-se entre si, então uma delas deve ser inválida, e podemos adotar o princípio de que a lei posterior no tempo é válida, e que a primeira perde sua validade. Isso acontece de acordo com o princípio de derrogação, ou *lex posterior derogat priori*. Esse princípio também explica a operação de revogação das leis.

> Quando as normas cujo conteúdo se contradiz mutuamente são separadas pelo tempo de sua origem (...) aplica-se o princípio de *lex posterior derogat priori*. Esse princípio, conquanto não seja normalmente enunciado como um princípio geral de direito positivo, é dado por certo sempre que uma Constituição oferece a possibilidade de mudança legislativa (1945: 412).

Nos casos em que a mesma lei remete a normas jurídicas contraditórias, de modo que não estão separadas no tempo, Kelsen diz tratar-se apenas de uma questão de interpretação da lei; portanto, uma delas é válida, ou talvez nenhuma o seja (1945: 404; ver também Guest (1980)).

A NATUREZA FICCIONAL OU HIPOTÉTICA DA NORMA BÁSICA DESTRÓI A PUREZA DA TEORIA DE KELSEN?

Na maior parte de seus escritos, a norma básica teve apenas uma função epistemológica; assemelhava-se a uma categoria de pensamento kantiana. Em outras palavras, é fundamental dar sentido à matéria que o cientista deseja analisar. Depois de 1963, porém, Kelsen muda de perspectiva; a norma básica deixa de ser um pressuposto de pensamento e passa a ser o produto fictício de uma vontade fictícia. Como a citação abaixo deixa claro, Kelsen parece ter se dado conta de que essa representação da *Grundnorm* como um ato fictício de uma vontade fictícia poderá ser vista como uma exigência lógica se ele for, de fato, coerente com sua idéia de que as normas são criações humanas da vontade humana.

> Ao pressuposto de uma norma não postulada por um ato efetivo de vontade, mas apenas presumida pelo pensamento jurídico, pode-se perfeitamente objetar que uma norma só pode ser o significado de um ato de vontade, não de um ato de pensamento; que existe uma correlação essencial entre "dever-ser" e "desejar que seja". A única maneira de refutar essa objeção é admitir que, juntamente com a norma básica, pressuposta no pensamento, também é preciso pensar numa autoridade imaginária cujo ato (fictício) de vontade tem a norma básica por significado (1986: 116-7).

Se a validade de um sistema jurídico deve ser demonstrada por um processo de busca do fundamento da juridicidade, então a *Grundnorm* deve ser uma norma verdadeira, um ato de vontade, e não um pressuposto do pensamento. Kelsen, porém, admite que isso não é apenas uma ficção, que é também contraditório: "a norma bá-

sica torna-se uma ficção genuína no sentido da filosofia do 'como se' de Vaihinger. Nesse sentido, uma ficção se caracteriza pelo fato de não apenas contradizer a realidade, mas de também conter contradições em si própria". A norma básica se propõe a interromper a possibilidade de regressão infinita; contudo, tendo em vista que a única maneira de se criar logicamente uma unidade para as normas está na interferência de uma autoridade, e que o papel dessa autoridade deve ficar além de toda autoridade, chegamos à contradição. Portanto, só poderemos manter a contradição e o abismo afastados se não perdermos de vista o fato de que nossa ciência tem por base uma ficção.

> Ao pressupor a norma básica, o objetivo do pensamento consiste em estabelecer a validade das normas que constituem uma ordem jurídica ou moral positiva; isto é, em interpretar o sentido subjetivo dos atos que postulam tais normas como seu significado objetivo, ou seja, como normas válidas, e os atos em questão como atos que postulam normas. Esse objetivo só pode ser alcançado por meio de uma ficção. Portanto, é preciso ter em mente que a norma básica no sentido da filosofia do "como se" de Vaihinger não é uma hipótese – como eu mesmo já a descrevi algumas vezes –, mas uma ficção, o que é diferente de uma hipótese no sentido de que é, ou deve ser, acompanhada pela consciência de que a realidade não corresponde a ela (*ibid.*: 117).

Para alguns críticos, por exemplo Lee (1990), o reconhecimento de que a norma básica é uma "ficção" acaba com qualquer pretensão ao estatuto de ciência. Lee afirma que a estratégia de Kelsen leva sua "ciência" cada vez mais para o terreno do realismo jurídico. Segue-se, então, que a estrutura lógica da validade e de toda a defesa de um sistema jurídico – como uma hierarquia fechada de normas passíveis de ser objetivamente estabelecidas pelos cientistas jurídicos – se vê comprometida. O que nos dá um sistema jurídico depois de 1963? O comportamento e a vontade... das autoridades. Segundo essa interpretação, depois de 1963 a norma básica torna-se um ato ficcional de uma vontade ficcional que encontra sua realidade empírica no fato de que o que faz o sistema avançar é a vontade, por parte das autoridades, de agir como autoridades jurídicas. Isso parece transformar Kelsen num tipo de realista jurídico.

Para outros críticos, por exemplo Stewart (1981, 1986), essa admissão de contradição na norma básica significa que não precisamos levar a sério a teoria de Kelsen; ela se autodestrói. Mas há duas maneiras de refutar a afirmação de Stewart: (i) sua posição compreende mal o papel das metodologias analíticas, como explicarei na conclusão deste capítulo; e (ii) Stewart não parece acreditar que Kelsen é capaz de conviver com o mistério. Ele argumenta que Kelsen foi forçado a retomar um "pressuposto de um sujeito absoluto", colocando-o por trás da ordem jurídica. Todavia, não só não existe nenhuma interpretação textual de Kelsen que possa demonstrar tal argumentação, como ela também contraria toda a força de sua crítica da metafísica da presença, que tradicionalmente se presta a justificar a autoridade (além de contrariar totalmente a mensagem de ensaios como "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics" [1948] 1957: 198-208). Para Kelsen, devemos viver sem a necessidade de um abonador transcendental por trás do direito. A argumentação de Stewart também parece forçar Kelsen a acreditar que a ordem jurídica era, "naturalmente", uma estrutura coerente, em vez de entender tal hipótese – como deve logicamente inferir-se a partir da estrutura de Kelsen – apenas como o pressuposto necessário à prática de uma teoria jurídica analítica positivista. Na obra de Kelsen, a tensão encontra-se, antes, na especificidade da Teoria Pura e na indeterminação do campo social em que se inserem as ordens jurídicas.

OUTROS PROBLEMAS

Isso não quer dizer que a construção da *Teoria Pura* não tenha problemas metodológicos.

1. Quem identifica quais são, de fato, as normas? Tomemos, por exemplo, a questão de se lidar com os infratores: há uma variação das normas inseridas no sistema. A estrutura de condenação no Reino Unido confere grande poder discricionário ao sentenciador – a autoridade autorizada a anunciar a sanção –, dentro de uma filosofia ambígua de condenação (punição). As normas possíveis incluem:

   (i) deve-se lidar com o infrator de modo que se maximize a proteção social;

   (ii) deve-se lidar com o infrator de modo que se maximize seus delitos futuros;

   (iii) deve-se lidar com o infrator de modo que se maximizem os delitos futuros de outros;

   (iv) deve-se lidar com o infrator de modo que se equipare o nível de sofrimento infligido pela punição ao nível dos danos resultantes de seu delito;

   (v) deve-se lidar com o infrator de modo que ele não seja usado como um fim para alcançar outros objetivos, como a redução da criminalidade, uma vez que se deve vê-lo como um fim em si mesmo.

   Estas normas são irredutivelmente incompatíveis entre si. Permitem que Kelsen responda por meio de algumas perguntas: Como vamos entender essa variação e esse conflito? Em vez de ser a comprovação de um defeito lógico na concepção de um sistema jurídico, não se trata simplesmente de uma falha pragmática do sistema (empírico)?

2. Um sistema verdadeiro contêm tanto normas formais quanto informais. A ciência jurídica de Kelsen diz respeito apenas às normas formais? Se assim for, por que o alcance das normas informais extrapola a esfera de ação do cientista jurídico? O sistema de Kelsen requer uma norma informal no sentido de que a auto-

ridade jurídica deve levar seu papel a sério. O funcionamento de uma estrutura normativa depende de uma série de normas; onde se vai traçar o limite entre as normas a ser consideradas como parte do sistema e aquelas que são, na verdade, o material de outros tipos de análise, como, por exemplo, o sociólogo e o psicólogo? Em que bases se traçar tal linha divisória?

3. A diversidade de funções do sistema. Kelsen argumenta que vemos a ordem jurídica como uma técnica social específica. Em alguns de seus livros, ele escreve como se só existisse uma técnica para se identificar o direito[20], mas em outros textos faz menção às técnicas penal, civil (compensatória) e administrativa (1941: 89-93, 96-7). Os comentaristas que se inspiraram em Kelsen sugerem várias outras ainda. Summers (1971: 751), por exemplo, sugere o acréscimo das técnicas regulatórias e de ordenação privada. O estudo jurídico então se assemelha, dessa perspectiva neokantiana, ao estudo da metodologia do direito, explicando "não de quais funções sociais o direito se desincumbe, mas de que modo o direito pode desincumbir-se de funções sociais. Descrevem os métodos jurídicos básicos que uma sociedade poderia possivelmente usar, mas não descrevem necessariamente os métodos usados, de fato, por alguma sociedade específica". Todavia, quando se permite que assim seja, a idéia de um sistema jurídico em si vê-se ameaçada. O alcance das funções sociais que o direito é instado a desempenhar logo subverte a tendência reducionista a construir o sistema; além do mais, essa consciência nos levaria necessariamente a uma análise da metodologia do direito que deve ser conduzida de modo empírico. Em outras palavras, a idéia da ordem jurídica como um sistema normativo coerente vê-se ameaçada, e a única maneira de obter informações teria de passar pela pesquisa empírica. A *Teoria Pura* não consegue fechar sua estrutura às indagações (sociológicas) do realismo jurídico, e converte-se numa perspectiva que sugere importantes tópicos para a pesquisa empírica.

TENDO DESPOJADO O ESTADO DE TODA IMPORTÂNCIA MÍSTICA, PODE KELSEN OFERECER ALGUMA COISA QUE PROPORCIONE UNIDADE SOCIAL? ONDE DEVEM SITUAR-SE AS GARANTIAS METAFÍSICAS?

Tendo limitado seu papel enquanto cientista jurídico à análise da estrutura da ordem jurídica sob os princípios metodológicos da *Teoria Pura*, Kelsen fala como uma pessoa diferente quando se refere à justiça. O cientista jurídico, o positivista jurídico, não conhece nada sobre a justiça; terá de entrar em diálogo com outros a fim de poder discutir tal questão. O que podemos procurar que nos sirva de princípio condutor? Podemos confiar numa tese da unidade da natureza e em sua possibilidade de dar-se a conhecer? Diversamente de muitas das interpretações de Kelsen, parece que não[21]. *Embora Kelsen apresente a Teoria Pura como se houvesse coerência e uniformidade racional entre ela e o mundo, trata-se apenas de uma realização metodológica, e devemos ter em mente as condições em que foi criada.* O perspectivismo nietzschiano de Kelsen extrapola o niilismo da desconstrução cética. Em certo sentido, Kelsen está argumentando que é demasiado fácil simplesmente negar ao mundo uma realidade unitária; precisamos da construção autoconsciente para ultrapassar o vazio. Kelsen é bem-sucedido ao fazê-lo? Vejamos o exemplo do Estado.

Kelsen empenha-se em criticar a "psicologia de massas" do Estado, que permitiu a dominação.

> A afirmação de que o Estado não é meramente uma entidade jurídica, mas também sociológica, uma realidade social que existe independentemente de sua ordem jurídica, só pode ser fundamentada se demonstramos que os indivíduos pertencentes ao mesmo Estado constituem uma unidade, e que essa unidade não é constituída pela ordem jurídica, mas por um elemento que nada tem a ver com o direito. Todavia, é impossível encontrar esse elemento que constitui o "um nos muitos" (1945: 183).

Não podemos encontrar uma unidade fundadora. Tampouco, afirmava Kelsen em comentário contra o sociólogo francês Émile Durkheim, pode a sociologia nos dar uma. A sociologia meramente nos apresenta uma "sociedade"; mas esta ou se recusa a reconhecer a distinção kantiana entre nossas consciências e nossa sensibilidade, reduzindo a complexidade da existência a uma fórmula sem sentido, ou seculariza a vontade de Deus na forma de um certo "pensamento do grupo". Só o Estado pode nos manter unidos na relação de cidadania. Mas não devemos romantizar ou mitificar o Estado; o que vai, então, prover a unidade? Em lugar do misticismo do Estado, Kelsen nada tem a oferecer[22]. Não há nenhum "Deus do direito". Em última instância, Kelsen talvez nunca tenha ido além de uma imagem do poder: *assim, por trás do direito positivo não há "nem a verdade absoluta da metafísica, nem a verdade absoluta do direito natural. Quem erguer o véu, se não fechar os olhos, irá deparar com o poder da cabeça das Górgonas"** (Kelsen: citado por Tur, 1986: 177, ele próprio citando Ebenstein). Somos levados de volta à estreita ligação entre positivismo jurídico e poder.

20. "A técnica social que chamamos de 'direito' consiste em induzir o indivíduo, por meio de algum procedimento específico, a abster-se de uma interferência considerável nas esferas de interesse dos outros; no caso de ocorrer tal interferência, a comunidade jurídica reage com uma interferência semelhante nas esferas de interesse do indivíduo responsável pela primeira interferência" (Kelsen, 1941: 81).

21. Schmitt ([1922] 1985: 5) afirmava que "na base da identificação [de Kelsen] do Estado e da ordem jurídica encontra-se uma metafísica que identifica a legitimidade da natureza e a legitimidade normativa. Esse tipo de pensamento é característico das ciências naturais. Baseia-se na rejeição de toda 'arbitrariedade', e tenta banir toda exceção do domínio da mente humana".

22. "A teoria exclusivamente jurídica do Estado, que abandona a idéia de que o Estado é distinto do direito, é uma teoria 'sem Estado' do Estado" (Kelsen, [1922] 1973: 81).

* Na mitologia grega, as Górgonas (Esteno, Auríale e Medusa) viviam no extremo oriente da Terra, perto dos Infernos. Seu aspecto era monstruoso: tinham a cabeça cercada de serpentes, grossas presas, mãos de bronze e asas de ouro. (N. do T.)

DE QUE MODO A *TEORIA PURA* DE KELSEN ILUMINA O DESTINO DO POSITIVISMO JURÍDICO?

O uso de rótulos tende a obscurecer os detalhes, mas Kelsen é conhecido como o clássico positivista jurídico moderno. O positivismo jurídico foi aqui definido (ver capítulo 1) por meio da referência a três de suas características, a saber: (i) o argumento de que o direito é uma criação humana; (ii) a afirmação de que nossa análise do direito acompanharia as metodologias bem-sucedidas nas ciências naturais, especificamente que seriam isentas de valores, e que a busca da filosofia jurídica é uma busca da verdade "realista"; e (iii) que o conceito de direito não implica nenhuma afirmação moral substantiva; em outras palavras, que empiricamente o direito pode apresentar/representar qualquer posição ideológica ou moral. O positivismo jurídico pode ser reformulado em termos de sonhos teóricos; especificamente, (i) o etos de distância; (ii) o etos de transparência; (iii) o etos de controle. A *Teoria Pura* de Kelsen é um caso bastante especial dos sonhos do positivismo jurídico.

Primeiro, o etos de distância. O positivismo jurídico – em Hobbes, Bentham, Austin e Kelsen – enfatiza a problemática de se construir um propósito comum e estabilizar a interação social em face da sociedade (moderna) do desejo subjetivo independente (ou, pelo menos, diante da possibilidade de um aumento deste). O positivismo jurídico é uma filosofia jurídica que concorda com a necessidade de impor um ponto (e um processo) unificador a nossa representação intelectual da ordem jurídica e, desse modo, ao construcionismo social na modernidade. Ao mesmo tempo, o positivismo jurídico se esforça por manter uma distância entre o sujeito e a ordem jurídica; coloca – como problemas distintos – questões de validade, legitimidade e obediência. O positivismo jurídico cria e celebra o distanciamento do direito, da moralidade, do objetivo social e da subjetividade legal. Um dos objetivos consiste em permitir que o sujeito se liberte da ideologia e oriente-lo "racionalmente" para o direito e suas exigências.

Segundo, o etos de transparência. A modernidade segue a narrativa da emancipação através do conhecimento. Ligado ao etos de distância, isso pode ser formulado da seguinte maneira: o sujeito moderno torna-se livre onde alcança um estado de autoconsciência lúcida baseado no conhecimento da natureza do contexto em que vive e do modo como as coisas funcionam. A idéia é saber onde se está e conhecer o modo de operação das coisas; o sujeito pode então relacionar-se com as coisas e calcular racionalmente, alcançando os fins que se propôs alcançar através de sua auto-afirmação. No pensamento jurídico, essa máxima exige uma transparência total relativamente à natureza do direito; o positivismo jurídico desempenhará seu papel na tarefa da emancipação através do conhecimento. Todavia, nas narrativas tradicionais – de Platão em diante –, a liberdade está profundamente ligada à obtenção do conhecimento perfeito das estruturas necessárias da realidade, bem como ao ajustamento a elas. Essa máxima flui como um fio condutor através de Hobbes, Bentham, Austin e Kelsen; Nietzsche, porém, mostrou como a imagem da realidade

como uma ordem racional sistemática era apenas um mito reconfortante para uma humanidade que ainda estava por modernizar-se. Estabelece-se, assim, uma estranha dialética que atinge seu ponto culminante em Kelsen. O positivismo jurídico identifica o direito moderno com o poder humano – o direito como estrutura de poder implica coerção e violência, mas sua imposição cria uma estrutura (social) que tem por objetivo a sobrevivência, a condição básica da vida social. Além do mais, o poder deve ser direcionado pela entidade que funda o sistema. Hobbes – que dá início à dialética – confere poder à vontade do soberano; Bentham oferece o poder como servo da utilidade (a verdade dos processos da natureza); Austin dá poder aos dirigentes políticos para que eles o utilizem sob orientação das "verdades" emergentes (da utilidade, da economia política etc.); Kelsen, porém, recusa-se a entregar o poder do direito a qualquer senhor.

Kelsen segue a tradição do positivismo jurídico ao procurar compreender sua realidade (jurídica) através do uso de uma análise magistral em que apresenta o primeiro princípio sobre o qual se assenta a ordem jurídica. Ao fazê-lo, aparentemente nos fornece a chave de seu controle (nosso terceiro *etos*) –, uma vez que se acredita que a combinação de distanciamento crítico e transparência transforma o direito em uma ferramenta para nosso uso. A análise de Kelsen, porém, demonstra como isso não demora a tornar-se uma garantia vazia. Kelsen não vai incorporar o poder à pessoa do príncipe (Maquiavel), do soberano (Hobbes, Bentham e Austin); ao Estado, enquanto senhor do direito, atribui-se apenas uma existência conceitual. Nas mãos de Kelsen, o *locus* do poder – o direito – torna-se apenas um recipiente formal; trata-se de um espaço vazio.

A *Teoria Pura* fala a uma modernidade que está lidando com a democracia, o perspectivismo e a indeterminação do objetivo social. Kelsen identifica claramente sua *Teoria Pura* como um projeto de direito antinatural. Se o objetivo geral da ética cristã, tanto da clássica quanto da tradicional, consistia em permitir que o homem avançasse de seu estado presente para seus verdadeiros fins, a eliminação da idéia de uma natureza humana essencial e de qualquer idéia de télos priva a estrutura moral de qualquer conteúdo substantivo. A sociedade moderna pode conhecer muitos senhores, é um espaço social-temporal em que o direito, o poder e o conhecimento estão abertos à indeterminação; como disse Nietzsche, é um mar aberto no qual nos tornamos sem lar e nos lançamos à grande aventura de criar uma morada moderna. Uma vez que suas bases não são "naturais", suas instituições não são nunca plenamente estabelecidas; o conhecido está sempre prestes a ser destruído pelo desconhecido (ou pelo ainda por conhecer); e os contornos do presente são definidos por uma multiplicidade de narrativas. Kelsen não oferece nenhuma garantia final; não oferece nenhuma fonte de legitimação empírica, e desse modo não dá à sociedade nenhuma substância fundamental definível e cognoscível. Empiricamente, a sociedade não tem estruturas claramente definidas ou determinações individuais; é um complexo que foge à representação a partir de um ponto de vista único ou universal.

Diante desse colapso dos modelos tradicionais de certeza, Kelsen oferece a distância, a transparência e o controle da *Teoria Pura*.

A *Teoria Pura* parece um paradoxo no sentido de que Kelsen a elabora em meio à diversidade. Ao anunciar seu próprio vazio, ele se dirige à desorientação do sujeito social moderno; essa desorientação só pode ser enfrentada pelo diálogo interdisciplinar, pela comunicação. A autotransparência do pensamento jurídico torna-se possível graças a uma metodologia puramente técnica ou formal. A natureza do material – a ordem jurídica – é mostrada como um ideal de dominação, e não como emancipação em si mesma. A rejeição, por Kelsen, da ordem jurídica como a expressão de destino histórico ou a vocação do partido político também rejeita o direito enquanto fonte autorizada da liberdade do povo. Na melhor das hipóteses, a ordem jurídica de Kelsen não passa de uma forma estrutural; os críticos argumentam que uma teoria jurídica apropriada deveria ter-lhe dado conteúdo, mas aprendemos com Kelsen sobre o erro de equiparar uma existência conceitual – digamos, o princípio geral de direito ou a democracia liberal – com "sistemas jurídicos concretamente existentes" ou "capitalismo democrático liberal concretamente existente". A distância crítica que Kelsen oferece é a capacidade de dizer que o que observamos empiricamente – a prática "corrupta"– não é legalidade pura. A fragilidade desse distanciamento está no fato de nos esquecermos da natureza conceitual dessa legalidade e tratá-la como resposta à nossa busca de sabedoria.

CONCLUSÃO

Este capítulo procurou fazer duas coisas: (i) apresentar um esboço da *Teoria Pura* de Kelsen e (ii) apresentá-la ao lado de outros escritos de Kelsen, de modo que oferecesse uma idéia de sua concepção da natureza da ciência social e do papel da teoria jurídica diante dos dilemas da modernidade no século XX. A argumentação é a de que Kelsen não tem sido tratado com o devido apreço. Sua *Teoria Pura* é reducionista diante do direito, mas trata-se de um reducionismo que não nega a complexidade do tema; ao contrário, surge devido à complexidade do tema. Em última instância, para muitos críticos famosos, a *Teoria Pura* não consegue transmitir a verdade do direito – o destino da norma básica (a *Grundnorm*) é tido como confirmação disso –, mas este capítulo sugere uma abordagem diversa. O destino da norma básica sugere, ao contrário, que o direito não é um sistema hierarquicamente estruturado. Sua descrição, por Kelsen, dependia de uma ficção de que assim o era; talvez fosse esse o verdadeiro sentido da insistência de Kelsen em afirmar que só estava concretizando aquilo que os positivistas pressupunham! Em 1911, ele começou a ver o poder como o fenômeno que confere unidade a um sistema jurídico, faz deste o Estado e em seguida desconstrói o Estado. Sua admiração pela recusa de Austin em tratar o Estado como instância distinta do direito das pessoas que desempenham seus papéis significa que Kelsen considera que o Estado é simplesmente um grupo de homens dominando outros – mas ele não pode incluir isso em sua ciência neokantiana do *dever-ser*, uma vez que se trata de uma compreensão factual. O que pode, então, assegurar unidade? Somente um pressuposto no sentido de uma categoria de pensamento kantiana. Em última análise, porém, Kelsen se dá conta de que essa é uma função do pensamento, e que não pode, portanto, fundamentar uma "norma básica" que tenha de suportar todo o peso da criação de todo um sistema de relações logicamente inferidas de proposições de *dever*. Somente um ato de uma vontade onipresente pode criar um sistema de deveres. Kelsen se refere a isso como uma ficção necessária – devemos usá-la ao mesmo tempo que não podemos nos esquecer de que não é verdadeira na realidade. Seguindo Kant, Kelsen filosofa sobre o direito como se houvesse, para todas as coisas que se encontram nos extensos limites de um "sistema jurídico", uma única fundamentação necessária para o propósito exclusivo de conferir unidade sistêmica ao conhecimento jurídico[23]. Por que se deve ver como falha o fato de a *Grundnorm* ser vazia e formal? Talvez qualquer outro resultado fosse, para uma reivindicação, uma verdade que Kelsen – no espírito liberal "verdadeiro" – não desejasse oferecer. Para ele, o fato de ter conferido substância à *Grundnorm* teria invalidado não apenas sua epistemologia, mas também sua imagem do empreendimento humano. O direito não é, naturalmente, um sistema; enquanto o cientista jurídico positivista deve agir como se o direito devesse construir uma doutrina jurídica coerente, na verdade as coisas só podem funcionar assim através da criação de uma comunidade de vontade humana e atos humanos ao mesmo tempo que se evita a armadilha da criação de uma autoridade totalitária.

E existem outras lições a ser extraídas desse encontro com a teoria de Kelsen, lições que se vão refletir no procedimento analítico. Como no caso de Austin, a metodologia analítica provém não de um retraimento da complexidade do mundo social, mas sim de uma compreensão abrangente do empreendimento humano por parte de seu formulador. Qualquer compreensão desse tipo é ao mesmo tempo exclusiva da pessoa e influenciada por temas comuns. A função analítica consiste em transformar partes dessa compreensão "semelhante a um sonho" num modelo inflexível que possa ser discutido e compreendido pelas outras pessoas. Contudo, essa função analítica começa como parte de um projeto mais amplo e, quando o público se esquece desse projeto, surge a tentação de desconstruir o es-

23. A frase de Kant é: "Deveis filosofar sobre a natureza como se houvesse, para tudo que diz respeito à existência, uma base única e necessária, com o único propósito de conferir a vosso conhecimento uma unidade sistemática" (Kant, *Critique of Pure Reason*, A 672). Esta é, como afirma Tur (1986: 174-5), uma idéia reguladora. Concordo com Tur quando ele afirma que não existe nenhum "sujeito absoluto" à espreita por detrás da *Grundnorm* de Kelsen. Como diz Tur: "Qualquer tentativa de extrapolar o pressuposto formal e absoluto da norma básica envolve, necessariamente, uma tentativa de substituir a base hipotética da teoria pura por uma base categórica; desse modo, reverte-se ao raciocínio do direito natural e invoca-se a metafísica especulativa e ilusória."

quema conceitual do formulador sem fazer reviver os problemas da condição humana que lhe deu origem.

Há uma falácia no fundamento da teoria jurídica analítica, isto é, a idéia de que a análise de alguma forma elimina a admiração original contida na pergunta "o que é a essência [do direito]?" *A análise é a busca da essência do ser, da estrutura de base que confere unidade ao ser*. Quando analisamos, somos conduzidos pela lógica da análise, isto é, pretendemos reduzir sistematicamente a questão da ontologia a um ponto em que a estrutura do ser se torna visível. Nesse sentido, a análise é platônica. Kelsen, porém, era antiplatônico – não existe nenhum domínio do absoluto no qual a verdade não-humana e as idéias puras residem, e que tenhamos por destino encontrar. Nosso destino é apenas construir e desconstruir: nossos ídolos devem ser desconstruídos assim que aqueles dentre nós que apoderaram do poder os tiverem construído.

Devemos lembrar, também, que a teoria de Kelsen não autoriza uma disciplina a dizer a "verdade" do direito, a não ser como produto interno de suas metodologias; ao contrário, leva a uma divisão do trabalho. Cada um, porém, deve ater-se a suas regras metodológicas. Talvez queiramos pôr em dúvida se uma distinção assim clara dos papéis e metodologias pode ser alcançada. Além do mais, não se sabe ao certo se o tema – o direito – é verdadeiramente apreensível na idéia de normas. Estas, porém, enfatizam um aspecto extremamente significativo. Uma coisa é clara: a teoria jurídica precisa de uma autoconsciência para lidar com suas metodologias e *insights* relativos aos contextos e características em cujo âmbito pretende enunciar a verdade do direito. A teoria jurídica torna-se redutiva quando procura ser uma análise positivista do "direito", em vez de buscar adquirir sabedoria sobre o direito e o "empreendimento jurídico". O direito não existe à margem do(s) empreendimento(s) humano(s). Conquanto Kelsen se desse conta disso, a solução que propunha era uma rigorosa demarcação de temas e funções.

Nossa crítica do modo habitual de considerar a obra de Kelsen é a de que tal abordagem subestima a extensão de sua crença na complexidade do mundo social – e no mistério que está na raiz da condição humana. Podemos oferecer uma mensagem: entender o mundo é ver a estrutura do mundo; mas o mundo e, portanto, sua estrutura, é mais complexo do que qualquer perspectiva que possa apreendê-lo. Uma perspectiva é verdadeira quando abandona a compreensão original do todo, que se assemelha ao sonho, e constrói ou reduz mediante um processo lógico, buscando pureza e força, mas não pode fazer mais do que somar – é incapaz de apreender o todo. Pode, porém, mostrar-nos elementos que não havíamos visto antes; pode criar novos modos de articulação que, transcendendo a mera descrição, ajudam a criar os fenômenos aos quais se ligam. A incapacidade de a metodologia analítica apreender a estrutura do todo dá munição àqueles que desejam rejeitar a tentativa de compreender plenamente o mundo, ou que têm a pretensão de compreendê-lo quando, na verdade, apenas jogam com as convenções com as quais se vêem confrontados. Aperceber-se de quando alguém está jogando com a convenção ou indo além dela, extrapolando-a em sua busca da verdade, é algo que faz parte da função de compreender. Ao nos lembrarmos disso, devemos respeitar o desejo de Kelsen de impedir que o jogo lingüístico do jurista seja sugado pela ideologia; é uma tarefa que permanece crucial. Há um projeto humano na ciência social. A *Teoria Pura* só é compreensível enquanto metodologia capaz de iluminar aspectos da ferramenta; a ferramenta que é o direito na tarefa de viver e criar sociedades plenamente humanas. Na modernidade, não há nem resposta a essa busca nem garantias metafísicas; todavia, o fato de não podermos chegar a uma autoconsciência plena dessa tarefa não é motivo para abrirmos mão de sua busca racional.

Capítulo 13

O ponto alto do positivismo jurídico:

H. L. A. HART[1] e a teoria do direito como um sistema auto-referencial de regras

> A qualquer momento, a vida de qualquer sociedade que se rege por regras, jurídicas ou não, tende a consistir numa tensão entre aqueles que, por um lado, aceitam e voluntariamente cooperam com a manutenção das regras, e aqueles que, por outro lado, rejeitam-nas e só as observam do ponto de vista externo, como um signo do castigo possível. Uma das dificuldades com que se depara qualquer teoria jurídica que busque respeitar a complexidade dos fatos consiste em ter em mente a presença desses dois pontos de vista e não eliminar nenhum deles. Talvez todas as nossas críticas da teoria preditiva da obrigação possam ser mais bem resumidas como a acusação de que é isso o que ela faz ao aspecto interno das regras obrigatórias (...).
> (...) ainda que tal sociedade possa ostentar a tensão, já descrita, entre aqueles que aceitam as regras e aqueles que as rejeitam, a não ser quando o medo da pressão social os induz à conformidade, é evidente que estes últimos não podem ser mais que uma minoria, se uma sociedade tão vagamente organizada, aproximadamente igual em força física, pretende durar: porque, do contrário, aqueles que rejeitam as regras teriam muito pouco a temer das pressões sociais (*The Concept of Law* [O conceito de direito], 1961: 88-9).

O CONCEITO DE DIREITO: JÓIA DA TEORIA JURÍDICA MODERNA OU TESTAMENTO DE SUA ÉPOCA?

A obra de H. L. A. Hart é amplamente reconhecida como o apogeu do positivismo jurídico. Este capítulo pretende, ao mesmo tempo, descrever as teses centrais de seu texto clássico, *The Concept of Law* [O conceito de direito] (1961, 2ª ed., 1994; novas referências a esse texto virão como *CD*: nº de página), e explicar em que medida essa obra é uma expressão de seu contexto histórico, um período ao qual podemos nos referir como o apogeu da modernidade organizada[2].

---

1. H. L. A. Hart atuou como advogado na Alta Corte de Justiça inglesa, foi professor de filosofia e, de início, foi visto como uma opção algo insólita para a cadeira de Filosofia do Direito em Oxford, em meados da década de 1950. A partir de sua aula inaugural (1954), ficou claro que ele procurava aplicar o estilo de filosofia corrente em Oxford na época, a análise da linguagem ordinária (ou análise lingüística) ao campo do direito. Da década de 1950 até a de 1980, Hart foi visto como "o mais importante representante contemporâneo da tradição da teoria jurídica analítica inglesa, e um dos porta-vozes mais influentes do liberalismo inglês" (Cohen, 1967: 418).

2. Num texto recente extremamente inspirado, Peter Wagner (*A Sociology of Modernity: Liberty and Discipline*, 1994) enfatiza a relação entre as ciências sociais como "representações da modernidade" e o período

Como a pergunta inicial indica, Hart tinha plena consciência de que o conflito e a coerção faziam parte do universo social do direito, mas a vertente principal do *Conceito de direito* minimizava a importância dos elementos de coerção, comando e obediência habitual no direito, substituindo as imagens de poder e violência no pensamento jurídico pela concepção do direito como um sistema de regras sobre regras, de práticas sociais informadas por seus próprios critérios de validade e obrigação normativa. Hart apresentou a face benigna e funcionalista da legalidade liberal, transformando o antigo tema positivista de uma coerção externa que faz cumprir o direito e leva o sujeito a sentir-se "obrigado", pela ameaça de violência, a manter-se nos limites da lei – a ameaça de sanções – numa imagem da obrigação normativa de o sujeito agir de acordo com as regras jurídicas. O argumento de Hart era simples: o positivismo anterior compreendera mal a natureza obrigatória do direito, vendo a legalidade como algo politicamente imposto a uma ordem social, que assim não fosse seria caótica, a fim de estruturá-la, enquanto a legalidade era algo que se desenvolvia de modo evolutivo, através de um complexo – e cada vez maior – sistema de diferentes tipos de *regras*. Partindo do reconhecimento fundamental de que o direito implica obrigação[3], Hart desenvolveu uma teoria do direito que considera a origem dessa obrigação como um efeito interno da estrutura de um sistema jurídico moderno, e em vez de enfatizar a dominação, referiu-se à "aceitação comum das regras" (*CD*: 98). Parecia que o direito pertencia a todos nós; as regras jurídicas não deviam ser vistas como forças externas agindo sobre nós, mas como nossos recursos.

Em resumo, Hart domesticou e atenuou a violência que sempre fizera parte do pensamento institucional da legalidade liberal. *O conceito de direito* é um texto elegante que transpira racionalidade e bom senso. É de leitura fácil, e não exige que se extrapole o texto em busca das narrativas mais amplas dos medos e esperanças que envolvem o direito na modernidade. Hart apresenta poucas notas de rodapé ou referências às tradições anteriores que informam sua obra, mas oferece uma imagem institucional que ao mesmo tempo descreve e justifica elementos-chave do período da modernidade organizada. Um período de história social que, apesar de próximo, é igualmente distante de nosso contexto atual; seus escritos pressupõem a eficiência e a natureza progressiva das instituições sociais, refletindo um período de tempo em que a ordem e a paz sociais pareciam garantidas pelas instituições modernas, e em que tais instituições pareciam destinadas a permitir que concretizássemos nossos desejos pessoais e sociais; um período em que o direito parecia nos oferecer possibilidades de realização, em vez de ameaças de coerção, e em que se podia perdoar alguém que acreditasse que o estado de direito havia substituído aquele princípio de domínio pelo homem que é tão óbvio em Austin, Marx e Weber[4]. Isso não quer dizer que Hart afirme que sua obra seja uma defesa da legalidade liberal ou da ideologia do estado de direito. Longe disso. Ele não fez nenhuma discussão explícita da moral e da filosofia política do estado de direito; em vez disso, oferece-nos uma destruição crítica de um modelo da teoria imperativa do direito, discussões incessantes de práticas sociais que envolvem o direito, a relação entre direito e moral, o desenvolvimento do direito internacional e uma representação consistente da prestação jurisdicional como algo que vacilava entre dois extremos, o do formalismo (a imagem em que tudo é determinado pelas regras) e o do ceticismo quanto às regras (a imagem de que nada é determinado por regras previamente existentes). Hart não vê nenhuma necessidade de basear (abertamente) seu texto nas tradições de filosofia jurídica ou política; ao contrário, apresenta sua obra na linguagem da descrição sociológica ou da análise de nosso uso contemporâneo, ou cotidiano, de termos juridicamente afins[5].

histórico específico no qual se insere a escrita. Wagner (1994: 118-9) vê o período em torno da década de 1960 no Ocidente europeu como a culminação da "modernidade organizada" que "desenvolveu um tipo particular de auto-entendimento reflexivo parecido com o das ciências sociais (...). A modernidade organizada caracterizava-se pela integração de todos os indivíduos, dentro de certos limites, em práticas extremamente organizadas. Não se atribuía ao indivíduo nenhum lugar definido, na sociedade, segundo critérios predeterminados. A mobilidade social existia, e fazia parte das liberdades oferecidas por essa sociedade. Todavia, o que dava a essa configuração social os recursos capazes de explicar sua estabilidade e seu "sucesso" relativos, em termos do consentimento (pelo menos tácito) da maioria de seus membros, era a ligação de tais liberdades com a organização das práticas. "Organização" significava que a cada indivíduo se "oferecia" um lugar materialmente seguro (...); significava também que os seres humanos tentavam estruturar seus campos de ação de tal modo – por meio da formalização, da convencionalização e da rotinização, ou seja, do pressuposto de "acordos" prévios sobre as possíveis vias de ação – que seu alcance poderia ser bastante ampliado (...).

3. "Em todos os tempos e lugares, a característica mais proeminente do direito está no fato de sua existência significar que certos tipos de conduta humana não são mais opcionais, mas obrigatórias em certo sentido" (Hart, CD: 6). Hart também diz que há vários sentidos nos quais se pode tornar a conduta obrigatória, um dos quais é a presença de ameaças externas; outro, porém, é a imposição de obrigações por parte das regras morais e jurídicas. Segundo Schauer (1991), talvez seja mais apropriado descrever a proposição de Hart como uma tese que se preocupa com as regras prescritivas por oposição às regras descritivas, que simplesmente enunciam regularidades ou generalizações empíricas (por exemplo, "Em geral, não chove em Londres em novembro"). As regras prescritivas têm um conteúdo *normativo* e são usadas para guiar, controlar ou mudar o comportamento de agentes dotados do poder de tomar decisões.

4. Como observa um comentarista contemporâneo (Cotterrell, 1989: 99), a obra de Hart tem profundas afinidades com a idéia de princípio geral de direito: "A teoria jurídica de Hart representa o direito como um sistema auto-regulador de regras. A regra de reconhecimento e as outras regras secundárias são vistas como regentes de todo o processo de produção, interpretação, aplicação, retificação e revogação de regras dentro do sistema jurídico. Ao contrário da imagem austiniana de uma ordem jurídica como expressão e instrumento de um poder político demasiado humano (o poder do soberano e de seus representantes), a imagem do direito de Hart é a de um sistema em que as regras governam os detentores do poder; em que as regras, e não as pessoas, governam. Implícito aqui encontra-se, na verdade, um aspecto de um símbolo político profundamente eloqüente cuja ausência é tão evidente na jurisprudência de Austin – o símbolo do princípio geral de direito, um 'governo de direito, não de homens'."

5. A idéia de estado de direito tem uma longa história intelectual que denota um compromisso com o governo por meio de regras gerais aplicadas com coerência e eqüidade. O estado de direito requer (i) uma estrutura de regras; (ii) autoridades que as apliquem; e (iii) novas normas ou modos de operação relativos à proclamação, ao reconhecimento e o julgamento do significado dessas normas. O estado de direito implica conceitos operativos de imparcialidade, neutralidade, objetividade e universalidade, todos eles cruciais para a legalidade liberal. Os ataques à "realidade" desses conceitos partiram de uma série de fontes que enfatizam que o direito tem envolvimentos com diferentes forças e efeitos sociais que a ideologia do estado de direito

Desse modo, ele nega que sua teoria tenha quaisquer objetivos "justificatórios" (alegação repetida no pós-escrito à segunda edição de 1994); Hart, porém, justifica por decorrência. Sem situar claramente seu texto, ele mistura o positivismo jurídico com correntes mais amplas da literatura social – correntes que apresentavam nossas instituições sociais como se estas incluíssem conjuntos de regras e de recursos sociais relativamente duráveis (como o poder discricionário das autoridades ou sua aptidão para interpretar textos escritos como, por exemplo, precedentes judiciais ou legais), que ao mesmo tempo contêm e sancionam a vida social. Longe de limitar as escolhas humanas e os projetos de vida, as instituições modernas eram apresentadas como se fossem a chave para a concretização dos desejos humanos, o pré-requisito essencial à boa sociedade. E, com a abertura do pensamento liberal moderno – um pensamento relativo aos objetivos da vida social que se recusavam a aceitar qualquer concepção específica do bem-viver como definitiva –, as instituições modernas foram cada vez mais apresentadas como se fossem apenas o resultado do desenvolvimento funcional e pudessem ser descritas em termos de suas características e aptidões funcional-estruturais, e não em termos de seu caráter expressivo ou moral[6].

A ESTRUTURA DE *O CONCEITO DE DIREITO*

Uma característica importante de *O conceito de direito*, de Hart, e um dos motivos de sua sedução e influência é que esse livro tem uma organização aparentemente simples e uma estrutura particular de desenvolvimento e exposição. No prefácio, Hart afirma que seu objetivo consistia em "fomentar o entendimento do direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais diferentes, porém afins", e que a obra

não é capaz de comportar. A estratégia de Hart consiste em postular que tais preocupações têm alguma validade, e que suas críticas específicas são bem-vindas, como as do "cético diante de regras", "no limite". Hart, porém, pressiona o cético ao argumentar que reconhecemos que o sistema jurídico se sustenta, em grande medida, "pelo prestígio granjeado pelos tribunais em suas operações, inquestionavelmente regidas por regras, em vastas áreas centrais do direito" (*CD*, 2ª ed.: 154).

6. No meio dessas tendências, cada texto é uma criação específica. Em *O conceito de direito*, de Hart, pode-se quase aspirar o aroma do campo inglês do pós-guerra. Críquete, xadrez, conformidade... Uma reflexão sobre um país extremamente em paz consigo mesmo, onde os conflitos de classe foram institucionalizados através das lutas legítimas e regidas por regras de partidos políticos e sindicatos ativistas; um país em que o Estado assistencial emergente oferecia a possibilidade de pensões, educação e assistência médica para todos; um país confiante no valor de suas instituições e no poder discricionário exercido por suas autoridades, voltado para um futuro de pleno emprego e êxito contínuo tanto da família nuclear quanto de seus times esportivos. O problema sociológico dominante parecia ser a determinação da exata função de tudo e a análise de onde as partes específicas se ajustavam ao todo social como se o fizessem no interior de uma enorme máquina progressista. Sem dúvida, havia problemas... Os sociólogos se perguntavam por que motivo todos se ajustavam tanto. Por que todos pareciam seguir as regras? Quais eram os processos de socialização que faziam o comportamento de obediência às regras parecer tão natural? Contudo, Hart parecia à margem de tais preocupações: ele simplesmente pressupunha a naturalidade do comportamento de obediência às regras – ou, talvez, para sermos mais exatos, talvez tivesse por certo o sucesso das práticas de socialização.

podia ser lida de duas maneiras: (i) como "um ensaio de sociologia descritiva" (*CD*: vii) no qual reconhecemos, a partir de uma análise da linguagem da vida cotidiana, a centralidade das regras, e compreendemos melhor a natureza das práticas associadas a regras[7]. Essa análise do uso lingüístico cotidiano encontra-se, por sua vez, inserida numa narrativa analítica do desenvolvimento do direito moderno a partir de suas origens pré-jurídicas; (ii) como um ensaio de teoria jurídica analítica que pretende revelar ou esclarecer as características centrais do direito. A concretização desse objetivo implica trabalhar com a idéia de que o direito é uma realidade social "complexa", constituída por muitos elementos ou facetas, alguns dos quais são mais importantes do que outros, e fazer distinção entre os aspectos contingentes da vida do direito e os elementos centrais do conceito de direito. Assim, muitas das preocupações do realista jurídico – que procurava observar o direito através de lentes preditivas que vêem apenas o comportamento das pessoas nas instituições sociais – eram questões de prática do direito, e não da essência deste, secundárias no sentido de que a essência do direito não seria significativamente afetada se viessem a ser alteradas.

AS CRÍTICAS DE UM MODELO DA TEORIA IMPERATIVA COM BASE NA LEITURA DE JOHN AUSTIN POR HART

Hart inicia *O conceito de direito* com uma crítica sistemática de um modelo da abordagem positiva baseada em sua leitura da obra de Austin, que ele chama de "a mais clara e mais abrangente tentativa de analisar o conceito do direito em termos dos elementos aparentemente simples de comandos e hábitos". Assim, Hart afirma claramente que Austin estava engajado no mesmo projeto, a saber, o de "analisar o conceito do direito"; como vimos, Austin estava envolvido num projeto muito maior, do qual o esclarecimento da terminologia jurídica era apenas uma parte[8]. Hart diz estar criando um modelo analítico baseado na teoria de Austin "que é, em essência, igual à doutrina de Austin, mas que provavelmente dela diverge em certos aspectos, (...) de modo que não hesitamos, quando a teoria de Austin era dúbia ou quando suas idéias pareciam inconsistentes, em ignorar esses fatos e em colocar uma posição clara e consistente" (*CD*: 18). Na verdade, Hart toma apenas um modelo simplificado dos aspectos da complexa síntese de Austin e ignora as ligações que este faz entre tipos de direito (lembremo-nos de que Austin estava basicamente preocupado com o direito positivo – definido como uma forma de poder político), ética, psicologia, eco-

7. Como Hart esclarece em sua discussão da questão da distinção entre "ser obrigado" e "estar sob a obrigação de": "(...) enquanto sua diferença não for compreendida, não podemos entender bem todo o estilo distintivo do pensamento, da fala e da ação humanos que estão envolvidos na existência de regras e constituem a estrutura normativa da sociedade" (*CD*: 86).

8. A propósito do qual, acreditava Austin, a maioria das pessoas, inclusive advogados, fazia confusão – Austin nunca teria partido da análise da linguagem ordinária, uma vez que isso só teria piorado as confusões já existentes.

nomia política e idéias de progresso social. A despeito do que se possa pensar sobre os pressupostos levantados por Austin sobre esses diversos itens, ele acreditava numa teoria jurídica que se empenhava em compreender certos aspectos de um conjunto interligado de projetos. Hart volta seu olhar apenas para as especificidades de nossa aceitação comum do direito; para ele, a filosofia política começa no e como o discurso da fala ordinária; pressupõe a racionalidade de nosso uso lingüístico contemporâneo e, portanto, de nossas práticas. Quais são os pontos fracos que Hart afirma encontrar na teoria imperativa? Ou, mais apropriadamente, em sua versão da teoria imperativa?

Em primeiro lugar, ele afirma que Austin foi incapaz de entender a complexidade da legalidade porque a imagem austiniana do direito é a imagem de uma pessoa ou grupo impondo sua vontade a outro (por meio de comandos e sanções). Para exemplificar, Hart (*CD*: 18-22) elabora uma discussão baseada na famosa distinção de Kelsen entre a ordem de um gângster, que exige que um bancário lhe passe o dinheiro do caixa ("passe-me o dinheiro ou atiro (...); se o assaltante for bem-sucedido, nós o descreveríamos como alguém que foi capaz de coagir o bancário") e as exigências de um coletor de impostos a quem o cidadão de um país tem de pagar o dinheiro do tributo devido. O que há de errado em ver a ordem do gângster, sustentada por suas ameaças de violência, como semelhante àquela do comando de uma instância do governo? Hart estabelece uma distinção crucial:

> Comandar significa, caracteristicamente, exercer autoridade sobre os homens, em vez de ter o poder de infligir danos; e, ainda que possa estar vinculado a ameaças de danos, um comando é basicamente um apelo a não se temer, mas a se respeitar a autoridade (*CD*: 20).

O enfoque de Hart diz respeito à autoridade e à generalidade[9]; as exigências feitas ao bancário se dirigem a ele pessoalmente, enquanto o direito em geral se dirige a uma classe de pessoas[10], e muito embora o bancário possa ser coagido a entregar o dinheiro e sentir-se *obrigado* a fazê-lo, ele não está sob nenhuma *obrigação* de fazer o que lhe ordenam que faça. O bancário passa por uma experiência de medo, mas não de respeito. Hart faz uma clara distinção entre o significado inerente às expressões "ter uma obrigação" e "ser obrigado"; a primeira remete à autoridade, a segunda não o faz. Somente ao fazermos uma clara distinção entre os conjuntos de significados sociais envolvidos em "ter uma obrigação" e "ser obrigado" é que podemos compreender "características comuns do direito local num Estado moderno" (*CD*: 77).

Além disso, especifica Hart, o modelo de Austin fazia pouco da "variedade do direito" (título dado por Hart ao capítulo 3 de *The Concept of Law*). Ainda que tenha

9. "Ainda que se possa compará-lo a ameaças de danos, um comando é basicamente um apelo não ao medo, mas ao respeito à autoridade" (*CD*: 20).

10. "(...) nesse fato da obediência geral encontra-se uma distinção crucial entre as leis e o caso simples da ordem de um pistoleiro" (*CD*: 24).

alguma adequação ao direito penal, a Teoria Imperativa não pode, segundo Hart, analisar a classe de leis que são sancionadoras, e não punitivas: leis que permitem que os indivíduos façam testamentos, negócios e contratos, e que desenvolvam uma série de projetos sociais que são corroborados pelo direito[11]. Austin dizia sobre os contratos que, se não fossem formulados da maneira correta, não se criaria contrato algum e essa nulidade seria, na verdade, uma sanção. Para Hart, trata-se de uma concepção irreal; ao contrário, somos instados a perceber a funcionalidade do direito: o direito contratual é um expediente para se fazerem acordos. Ao celebrar um contrato, isto é, em sua apreciação e uso do direito, as partes não estão pensando na sanção de nulidade; em vez disso, o direito está atuando de modo que facilite as coisas.

Hart também não explica por que, num sistema democrático moderno, presumimos que todos se submetem ao mesmo direito. As autoridades do Estado a ele se submetem, inclusive os juízes. A teoria austiniana de soberania legalmente ilimitável sugere a Hart uma divisão total, bem como o fato de que o soberano não pode estar preso às mesmas leis que regem a vida de seus súditos.

A teoria de Austin também não explica o modo como se origina o direito. Hart interpreta Austin corretamente, vendo em sua obra uma especificação do direito de cima para baixo e, ainda que isso seja de menor importância para o mundo moderno, Hart argumenta que o costume – o exemplo fundamental de um tipo de direito de baixo para cima, não tem como se ajustar à sua teoria. Algumas leis se assemelham claramente aos comandos de um soberano (a legislação, por exemplo), mas o direito criado pelos juízes também é difícil de ajustar-se ao modelo. Enquanto Austin diz que os juízes agem como delegados do soberano, e que suas decisões são comandos tácitos deste, Hart afirma que nos tempos modernos observamos que o direito é criado por uma variedade de instâncias, nem todas elas organizadas em forma de uma estrutura hierárquica. O simples fato de o Parlamento poder revogar o efeito de decisões da Câmara dos Lordes não significa que esta seja um delegado daquele – em resumo, não é esse nosso modo de pensar.

Para Hart, a Teoria Imperativa tampouco explica por que as leis continuam a ser válidas depois que o soberano que as criou perde o poder. As leis são persistentes, o que sugere que sua origem não está simplesmente num comando emitido em determinada época por uma pessoa ou um grupo que, mais tarde, será substituído por outra pessoa ou outro grupo[12]. Hart introduz uma idéia sobre a qual Austin não se

11. "Há outras variedades de direito, em especial aquelas que conferem poderes legais para julgar ou legislar, ou para criar ou alterar relações jurídicas, que não podem, sem incorrer no absurdo, ser interpretadas como ordens sustentadas por ameaças" (*CD*: 77).

12. Hart interpreta equivocadamente o soberano de Austin como se este fosse, necessariamente, uma pessoa ou um grupo. Depois de negar a interpretação corporativista pretendida por Austin, Hart afirma que este último "não foi capaz de explicar a continuidade da autoridade legislativa que é característica de um sistema jurídico moderno" (*CD*: 77).

manifestou em detalhe, isto é, a noção de que as leis são regras e que um sistema jurídico é um conjunto complexo de regras. Hart afirma que a chave para a teoria jurídica moderna está em compreender o que envolve a noção de uma regra, e chega a identificar o sistema jurídico moderno como uma união daquilo que chama de regras *primárias* e *secundárias*. A idéia de uma regra substitui o conceito de ordens do soberano como o ponto central do positivismo jurídico, e Hart afirma que, para se entender a legalidade, é preciso entender plenamente a natureza das regras e do comportamento associado às regras[13]. A saber: (i) devemos distinguir uma regra de um mero hábito. Enquanto as pessoas fazem muitas coisas habitualmente, os hábitos não têm, necessariamente, sanções por trás deles. A violação de um hábito não se depara necessariamente com um ato hostil, enquanto para as regras (em particular para certos tipos) a violação provoca uma postura crítica. (ii) No caso de desvio das regras, o desvio geralmente é, em si mesmo, uma boa razão para se criticar a violação. As pessoas emitem juízos sobre as regras e a observação destas; (iii) as regras têm um aspecto interno. Do ponto de vista de Hart, Austin adotou a metodologia de um observador imparcial por considerar-se comprometido com uma abordagem científica. Austin procurava por regularidades observáveis, com o resultado de que somente via as pessoas sendo exortadas a fazer isso ou aquilo, com os comandos sustentados por punições. Isso se assemelha à imagem de uma praça de armas. Para Hart, as regras não são absolutamente assim. O observador externo não será capaz de chegar a uma compreensão plena da prática de observar as regras simplesmente ao ver o processo em funcionamento (*CD*: 55-6, 87-9). Se examinarmos um jogo, o xadrez por exemplo, veremos que entendê-lo implica o conhecimento das regras e a capacidade de adotar um ponto de vista interno. Entender o jogo implica mais do que apenas observar os movimentos. Por referência às regras e ao modo como os jogadores operam, pode-se emitir juízos sobre a qualidade dos movimentos. A aquisição de um ponto de vista interno é a única maneira de emitir juízos sobre os níveis de aptidão dos jogadores e de saber se seus movimentos são certos ou errados. Vejamos, por exemplo, o movimento da Rainha:

13. *A idéia de obediência às regras*. O direito é um caso especial de regras sociais. Não se trata de regras privadas. As regras sociais consistem num padrão de comportamento regular em que os desvios são tratados com hostilidade crítica e em que, em termos ideais, a pessoa que diverge aceita que a crítica se justifica. Há três elementos: (1) comportamento regular; (2) os desvios são tratados com hostilidade crítica; (3) essa reação hostil tem por base a norma de comportamento que dá origem a um padrão regular. A distinção entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo está em que, a fim de entender bem a regra, uma pessoa deve compreendê-la a partir de seu ponto de vista interno, bem como de seu ponto de vista externo. O ponto de vista interno é o ponto de vista de uma pessoa que admite que essa lei ou esse padrão de comportamento justifica a reação hostil ou a crítica quando ocorre uma infração à regra. Quando falamos sobre obediência às regras, não estamos apenas descrevendo a regularidade de comportamento, nem falando sobre ações instintivas como as dos animais, por exemplo. A idéia de obediência às regras implica a prática regular de coisas que seguem um padrão, o que significa que você pode desviar-se desse padrão por uma questão de escolha; de outro modo, a crítica não teria sentido. A crítica tem por finalidade torná-lo uma pessoa ajustada.

> Os enxadristas não têm apenas hábitos semelhantes de mover a Rainha de um modo que possa ser registrado por um observador externo que nada sabe sobre a atitude deles a respeito dos movimentos que fazem. Além disso, vêem-na como um padrão para todos os praticantes desse jogo. Cada um deles não apenas move a Rainha de modo particular, como tem também "concepções" sobre a conveniência de todos moverem a Rainha desse modo. Essas concepções se manifestam na crítica dos outros e nas exigências de conformidade feitas aos outros quando o desvio é real ou uma ameaça, bem como no reconhecimento da legitimidade de tal crítica e tais exigências quando recebidas de outros. Para a expressão de tais críticas, exigências e confirmações, emprega-se uma vasta gama de linguagem "normativa". "Eu (você) não deveria ter movido a Rainha desse jeito", "Eu (você) devo/deve proceder assim", "Está certo", "Está errado" (*CD*: 56-7).

A citação acima realça a metodologia de Hart e sua abordagem funcionalista do desenvolvimento jurídico. Hart afirma que, para praticar esse jogo, é preciso ter uma concepção interna do que está acontecendo. Trata-se de uma atitude crítica reflexiva que o jogador tem a propósito de sua própria conduta e da conduta das outras partes. Implica um julgamento sobre um certo padrão de envolvimento de todos aqueles que jogam xadrez. A visão externa do jogo é irreal e, na verdade, incapaz de transmitir qualquer idéia do significado dos movimentos. Se você desconhecesse o xadrez até então, seria impossível entender o que se estaria passando à sua frente. Que tipo de informação poderia um observador obter se não conhecesse as regras? Poderia ver as peças movendo-se de determinada maneira e, ao observar o jogo durante algum tempo, talvez pudesse prever o modo como são, de fato, movidas, mas não seria capaz de perceber que os jogadores estavam seguindo as regras por um simples processo de observação.

Assim com os jogos – uma forma específica de prática baseada em regras –, assim também com o comportamento legalmente regulamentado. O direito torna as práticas sociais possíveis e, para entendê-lo, é preciso adotar uma concepção interna do direito. Tal concepção é aquela de um cidadão que vive sob um sistema e compreende a finalidade das leis. À primeira vista, esta é uma concepção reconfortante do direito, uma vez que todos os cidadãos conhecem o bastante para poderem emitir juízos legais de certo ou de errado, com base numa interpretação das regras jurídicas. Assim, Hart afirma que Austin não leva em conta os processos mentais de um cidadão que vive dentro de um sistema jurídico estável. As pessoas não pensam apenas em ordens e punições, mas raciocinam com regras, interpretam-nas e emitem juízos sobre suas ações e as ações alheias.

A esta altura, podemos parar para perguntar se esta é uma metodologia capaz de nos fornecer qualquer apreciação, total ou crítica, do que acontece em nome do sistema jurídico. A abordagem de Hart pode servir para iluminar muitos aspectos de um sistema estável e pôr em relevo o significado de conceitos no uso cotidiano; contudo, será que nos diz alguma coisa sobre o significado do sistema? Além disso, haverá alguma maneira em que Hart possa introduzir um critério no qual possamos distinguir ocasiões em que não seria desejável chegar a uma atitude crítico-reflexiva?

A crítica de Austin, por Hart, representou um avanço teórico?

Com a publicação de *O conceito de direito* em 1961 surgiu a tendência de só ler Austin através das críticas apresentadas por Hart nos quatro primeiros capítulos. Como afirmei no capítulo 9 deste livro, é fácil resvalar para uma depreciação de Austin e ignorar a complexidade de sua síntese. Hart substitui a idéia central do soberano, assim como o pensamento legislativo deste, ao esboçar uma estrutura de regras jurídicas que impõem deveres e indicam sanções pelo não-cumprimento dos deveres, e o faz com uma idéia mais vaga de um sistema de regras que são, elas próprias, reconhecidas, aplicadas e compreendidas por referência a outras regras "sociais". À primeira vista, a idéia de regras com a idéia afim de obrigação parece ajustar-se ao modo como normalmente percebemos o que a lei impõe, isto é, a obrigação. Nas condições contemporâneas, todos os cidadãos têm a obrigação de fazer sua declaração de imposto de renda e pagar o imposto devido. Em termos de compatibilidade, o ganho para nossas práticas é obtido à custa do distanciamento crítico; aceita o sistema na medida em que este parece funcionar. A análise de Hart, em parte, pode ser lida como uma interpretação pouco sofisticada da idéia weberiana de autoridade jurídico-racional. Contudo, a análise de Hart não parece exigir nenhum reconhecimento do vasto número de teorias sociais que ofereceria modos de interpretação das práticas por ele pressupostas. Não apenas ele se recusa a reconstruir a posição histórica dos escritos de Austin – que podem ser classificados como uma concepção da racionalidade legislativa[14] –, como também despreza um enfoque fundamental de Austin: o da interligação de todo o direito. Para Austin, por trás do funcionamento cotidiano do direito civil encontra-se a ameaça (potencial, ao menos) do direito penal. Não ocorria apenas que a nulidade pudesse ser vista como uma forma de sanção, mas que, em última instância, o direito penal garantia as regras básicas do jogo (com sanções por fraude, intimidação, roubo etc.). O "lado de fora" da teoria jurídica civil sempre foi o direito penal e as sanções políticas[15]. Como afirmou Henry Maine, quando a sociedade passa do pré-moderno para o moderno – trajetória que ele chama de "movimento do *status* para o contrato" – o direito (tanto civil quanto penal) perde sua inserção no costume social e torna demasiado óbvia sua ligação com a coerção como pano de fundo[16]. Hart parece negligenciar o fato de que, simplesmente por não ser a coerção uma característica comum quanto a seu uso, isso

14. Hart não discute o utilitarismo de Austin nem dá atenção às freqüentes menções deste à necessidade de o direito oferecer "diretrizes" ou uma orientação "inteligente".

15. Como afirma Hume no *Tratado*, "sem a sanção específica do governo [as promessas contratuais] seriam de pouca eficácia em sociedades grandes e sofisticadas" (*Tratado*).

16. Na modernidade, o direito civil não tem "a ajuda da superstição, provavelmente nem a da opinião, certamente nem a do impulso espontâneo. A força por trás do direito vem a ser, portanto, uma força puramente coerciva, de intensidade quase desconhecida às sociedades de tipo mais primitivo" (*Early History of Institutions*, 392-3).

não significa que não esteja presente como pressão psicológica; na verdade, para Bentham, o sucesso das sanções se daria quando estivessem tão presentes nos pensamentos racionais de um infrator potencial que nunca precisariam ser exercidas na prática! Ignorando isso, a crítica de Hart ao papel oculto das sanções, destacado por Austin, equivale a uma dissociação entre liberalismo e a coerção. É uma deturpação fundamental da história do liberalismo filosófico e de suas ligações com a coerção. O que pode explicar essa deturpação?

Talvez uma parte da resposta esteja na metodologia do positivismo analítico, isto é, na separação entre legalidade e política: a criação de um modelo que é abstraído da tradição intelectual e da realidade social. Todavia, enquanto esse pode ser um fator que explique o modo quase ingênuo com que Hart pressupõe a naturalidade das atividades ligadas às regras em nosso cotidiano, outra explicação pode estar nos padrões cambiáveis de socialização que têm sido vivenciados pelos sujeitos jurídicos. Em termos mais simples, podemos dizer que Hart está descrevendo um período da modernidade em que padrões bem-sucedidos de socialização preparam os jovens para exercerem seus papéis numa estrutura social em grande parte constituída por práticas vinculadas a regras[17]. Explicar isso, porém, nos levaria aos domínios da história social e das discussões sociológicas que Hart ou pressupõe ou ignora[18]. O que é importante observar, contudo, é que para os padrões de comportamento conforme às regras continuarem a existir deve haver uma atitude da parte dos participantes – pode-se dar a isso o nome de ideologia da observação das regras ou de socialização das normas da prática – que torne apropriado, para eles, seu desempenho conforme o determinam as regras. A "alegria" com que o universo da teoria jurídica anglo-ame-

17. Nos Estados Unidos, por exemplo, nas décadas de 1950 e 1960, o mais famoso escritor no campo da teoria social, Talcott Parsons, desenvolveu o que veio a ser chamado de "idéia estrutural-funcional da sociedade". A solução de Parsons para a questão da ordem social consistia em postular que a dinâmica social tendia ao equilíbrio, e em rejeitar a idéia tradicional (hobbesiana e de outros) de que o contrato social legitimava a imposição da ordem pelo Estado (1970: 69). Ao contrário, ele sugeria que a socialização criava uma espécie de "internalização" das normas de um contrato social vivo. O contrato social não funciona como um motivo consciente, mas como um conjunto internalizado de critérios instilados, por meio da socialização, nas normas e nos conjuntos de práticas das sociedades.

18. Uma discussão contemporânea implicaria, de início, a obra de Norbert Elias (1982) sobre a civilização da conduta humana, e de Michel Foucault (1977) sobre o disciplinamento do eu moderno. Em muitas de suas obras, Elias analisou o modo como a violência apartou-se da experiência comum ao longo do processo civilizador. Ele se refere ao processo de civilização (*courtisation*) da sociedade, ou ao processo por meio do qual as maneiras e o autocontrole da sociedade cortesã foram impostos às classes mais baixas, bem como à introdução de um valor ético no abrandamento da agressão social. Além disso, os desejos "indomados" ou "irracionais" sublimaram-se em nosso subconsciente, ou foram relegados à fantasia. "No meio de uma grande área habitada que, de modo geral, livrou-se da violência física, forma-se uma 'boa sociedade'. Todavia, ainda que o uso da violência física tenha se apartado do convívio humano, ainda que o duelo seja atualmente proibido, hoje as pessoas exercem pressões e recorrem mutuamente à força de muitas e diferentes maneiras" (Elias, *Power and Civility*, 1982: 270-1).

ricano recebeu a descoberta, por Hart, de uma organização normativa comum como base da legalidade cotidiana, não teve por contraparte nenhuma necessidade de analisar o conjunto de processos históricos subjacentes. Em sua análise macrossocial, Elias colocou a obtenção de um monopólio da violência por parte do Estado como pré-requisito fundamental. A imagem oferecida por Elias (influenciado por Weber) é um cenário em que a normalidade da vida cotidiana para a modernidade organizada é resultado de dois monopólios de poder que o Estado detém sobre a violência ao corpo (que se converte na ameaça de sanção contra os cidadãos pela inobservância de leis legítimas, ou na possibilidade de ação militar contra os inimigos do Estado) e a violência relativa às posses (a capacidade de tributar, tomar terras etc., por meio da arrecadação compulsória). Devido a esses monopólios, a violência legítima não parece uma ameaça (como ocorre em Austin), mas um elemento tranqüilizador – uma parte da segurança do Estado[19].

ATÉ QUE PONTO O ENSAIO DE SOCIOLOGIA DESCRITIVA DE HART REALMENTE CONSTITUI UMA NARRATIVA DA FUNCIONALIDADE DO DIREITO?

Em *O conceito de direito*, Hart deparou com tensões inextricáveis em seus objetivos e metodologias analíticos. Ele negava explicitamente qualquer necessidade de falar em termos dos objetivos do sistema jurídico, a menos que fosse para postular um objetivo básico de sobrevivência. Sua metodologia fundamental consistia em adotar a filosofia lingüística, na época comum no departamento de filosofia de Oxford, que provinha da obra de J. L. Austin (não confundir com John Austin, o jurista do século XIX) e de L. Wittgenstein. O ponto de partida do uso da filosofia lingüística (também chamada de análise da linguagem ordinária) por esses autores era o de que, ao analisar as distinções em nosso uso comum da linguagem (como a distinção entre "ser obrigado" e "estar sob a obrigação de"), poderíamos chegar a um conhecimento mais profundo das práticas sociais às quais nos sujeitamos e do significado das regras sociais que regem nossas vidas. O problema dessa metodologia estava no fato de não nos dizer, claramente, nada sobre as grandes preocupações da vida. A análise da linguagem ordinária não é uma "grande teorização", nem seus praticantes alguma vez declararam que o fosse. O que uma metodologia assim limitada teria a oferecer ao pensamento institucional do direito?

19. A ameça de violência "não é mais uma insegurança permanente que o Estado introduz na vida dos indivíduos, mas sim uma forma particular de segurança (...). Uma pressão contínua e uniforme é exercida sobre a vida individual pela violência física acumulada por trás das cenas da vida cotidiana; uma pressão totalmente familiar e dificilmente percebida conduz e impulsiona a economia, tendo-se ajustado desde os seus primórdios a essa estrutura social" (Elias, *The Civilising Process: State Formation and Civilisation*, [1933] 1982: 328-9).

Digressão sobre a obra de Ludwig Wittgenstein

A obra da maturidade do filósofo austríaco Wittgenstein exerceu forte influência sobre Hart. Em suas primeiras obras, Wittgenstein (1921) acreditava que a função das palavras consistia em aludir a alguma coisa, servir de ponto de referência de coisas reais do mundo. Quando empregávamos uma palavra como *faca*, por exemplo, tínhamos em mente uma imagem intuitiva de uma faca essencial, e aplicávamos a palavra *faca* a objetos dependendo do fato de eles se aproximarem ou não dessa noção de uma faca ideal. Em suas discussões e seus ensinamentos posteriores, Wittgenstein (publicações de 1958, 1969) alterou radicalmente sua concepção da linguagem – em vez de ser controlada pela realidade, Wittgenstein passou a crer que, na verdade, a linguagem construía a realidade social. Portanto, era importante examinar o significado-em-uso das palavras[20]. Como poderíamos fazer isso? Precisamos investigar as práticas sociais verdadeiras, e estas nos mostram que as palavras só têm os significados que exibem porque estão inseridas nessas práticas sociais. Ele usou a expressão *jogos de linguagem* para descrever isso. Na metodologia da análise da linguagem ordinária, a análise do significado de um conceito, "faca", por exemplo, vai do comum ao surpreendente, daquilo que simplesmente presumimos sem nunca questionar nosso uso para a descoberta de novas coisas sobre nossos conceitos e nossas estruturas de pensamento em geral. Ter um conceito é – pelo menos em parte – ser capaz de usar certas palavras corretamente, empregar exemplos daquilo a que a palavra se refere e fazer certos tipos apropriados de julgamentos e discriminações. Embora eu nunca possa tê-lo percebido conscientemente, Wittgenstein acredita que quando uma pessoa me pede para levar-lhe uma faca à mesa, para que possa tomar sua refeição, minha capacidade de pegar tal faca não se deve a nenhuma correspondência mágica entre a palavra *faca* e alguma forma essencial de *faca*, mas sim a nossa socialização comum das práticas lingüísticas. Na prática social do comer, por exemplo, que varia conforme as culturas, criamos um instrumento que a nossa lín-

20. Wittgenstein inicia sua mais conhecida obra da maturidade, *Investigações filosóficas* (1958), com um ataque à teoria designativa da linguagem. Ele cita um parágrafo de Santo Agostinho sobre o processo de aprendizagem de uma língua como um exemplo de aprendizagem que depende da teoria do significado baseada na imagem. Na concepção agostiniana, "a essência da linguagem humana (...) individualmente, numa língua, as palavras nomeiam objetos – as frases são combinações de tais nomes – nessa imagem da linguagem encontramos as raízes da seguinte idéia: cada palavra possui um significado. Esse objeto é correlativo ao mundo. É o objeto do qual a palavra é um sucedâneo". Para o Wittgenstein da maturidade, essa concepção, na qual baseara o único livro que publicara em vida, o *Tractatus* (1921), tem o grave defeito de ignorar o contexto das atividades em que as palavras estão inseridas. Ele agora sustenta que as palavras não têm um significado independente separado da atividade, e a combinação de atividade e linguagem é por ele chamada de "jogo lingüístico". Na verdade, é a operação do jogo de linguagem que fornece a base, ou os limites, do pensamento humano. A idéia de um significado essencial das "palavras" é substituída pela idéia de "significado-em-uso". É esse "significado-em-uso" – ou essa prática de reconhecimento do uso correto – que serve de base para sua teorização, do mesmo modo que a prática social ou a *regra de reconhecimento* o fora para Hart.

gua chama de *faca* – um instrumento que tem certas características. Por exemplo, a capacidade de cortar (uma imitação de borracha usada num filme, e que não corta, será normalmente rejeitada). Uma faca de plástico ou uma faca muito velha, que já não corta, continuará sendo uma faca? Em geral, não haverá uma resposta absoluta. Em alguns contextos, para certos usos, podemos dizer uma coisa e, em outros, outra, e as respostas vão depender da importânia que a capacidade de cortar tem naquela situação. Todavia, normalmente admitiríamos que a capacidade de cortar faz parte do devido reconhecimento de uma faca. As facas são artefatos que servem a determinados fins, razão pela qual cortar bem não é simplesmente um critério de uma faca em certas circunstâncias, mas das facas em geral.

A aplicação ao estudo do direito parece agora evidente. A teoria jurídica anterior esteve dominada por uma falsa concepção da linguagem em vez de procurar aquela essência ou entidade pura à qual a palavra "direito" deve remeter; a teoria do Wittgenstein da maturidade argumenta que devemos atentar para nosso uso da linguagem. Em sua aula inaugural em 1954, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Hart parece afirmar que as tentativas anteriores de definir o significado do direito foram equivocadas. Elas ignoravam as importantes maneiras em que o verdadeiro significado de termos ligados ao direito, ou o modo como uma expressão jurídica é efetivamente usada, são inerentes a nosso uso cotidiano da linguagem. Por não darmos a devida atenção a nosso uso da linguagem, a especulação anterior sobre o direito era inadequada. Para Hart, ao examinarmos os modos como usamos termos relativos ao direito – direitos, deveres etc. – podemos intuir seu verdadeiro significado.

Wittgenstein direcionou a ênfase para a natureza, que caracteriza nossas práticas, de serem governados por regras. Não podemos entender o comportamento humano como as ações isoladas de indivíduos, uma vez que todas as ações só significam alguma coisa no contexto de uma estrutura mais ampla. As palavras têm o significado que têm devido ao contexto em que são usadas; um observador que nada soubesse sobre o contexto não seria capaz de entender as palavras (teria, primeiro, de aprender a língua) e, no caso das práticas, o observador teria de aprender as regras da prática para entender seu significado. Tampouco pode o sentido das práticas sociais ser conferido privadamente, e a averiguação do significado das coisas não deve ser comparada ao recebimento de algum conjunto natural de impressões dos sentidos. Wittgenstein apresentou argumentos famosos contra a possibilidade de uma "linguagem privada". Entendemos todas as nossas sensações – como o entendimento da dor – mediante o uso dos recursos fornecidos por uma linguagem pública. O significado de nossas "sensações privadas" encontra-se numa linguagem pública com verificações públicas de seu uso correto. Os "critérios de uso correto" só se tornam possíveis através da realidade do uso social; não se pode ter critérios privados para o uso de uma palavra, uma vez que nesse caso não haveria distinção entre meu apego a uma regra e minha idéia de que estava aderindo à regra quando na verdade não o estava fazendo.

> Aquilo que chamamos de "obedecer a uma regra" será algo que somente um homem poderia fazer, e mesmo assim somente uma vez em sua vida? (...) Não é possível que só tenha havido uma ocasião em que um relato foi feito, uma ordem foi dada ou compreendida; e assim por diante – obedecer a uma regra, fazer um relato, dar uma ordem e jogar xadrez são costumes (usos, instituições).
>
> Entender uma frase significa entender uma linguagem. Entender uma linguagem significa ter o domínio de uma técnica (*Philosophical Investigations* [Investigações filosóficas], seção 199).
>
> (...) Obedecer a uma regra é uma prática. E pensar que se está obedecendo a uma regra não significa obedecer a uma regra. Portanto, não é possível obedecer uma a regra "privadamente"; de outro modo, pensar que se está obedecendo a uma regra seria a mesma coisa que obedecê-la (*ibid.*: 202).

Wittgenstein recorreu a analogias com jogos comuns e cunhou a expressão "jogos de linguagem" para referir-se a práticas e modos de vida. Quando se joga críquete, é imprescindível a adesão a um conjunto de regras públicas; o jogo se torna impraticável se cada um dos participantes resolver seguir seu conjunto particular de regras. As autoridades tampouco podem mudar as regras repentinamente, sem consulta. As regras públicas de práticas sociais permitem que as práticas continuem a existir. Como resultado, nossa busca de entendimento deve levar em consideração as origens sociais do pensamento e da experiência; em grande parte, somos o que somos em decorrência das práticas e instituições que regem nossas vidas. Nosso conhecimento de nós mesmos e de nossa sociedade não pode provir da experiência atomizada de indivíduos, mas é, em si, produto de atividades dirigidas por regras que devem ser públicas e sociais. Um jogo de críquete não pode ser compreendido em termos das intenções privadas de jogadores individuais; o que eles fazem adquire sentido a partir das regras do jogo do qual estão participando.

Todavia, de onde vêm as regras, e o que determina sua alteração? Aqui, começamos a entrar em terreno muito problemático, ou em algo que podemos chamar de "limites metodológicos". As regras acham-se inseridas numa prática; na verdade, elas constituem a prática ou a instituição. Portanto, temos uma interação constitutiva entre as regras e a sociedade – as regras ajudam a constituir a sociedade, mas a sociedade cria as regras. Por definição, regras e instituições diferentes produzirão regras diferentes de seus jogos sociais. Como podemos saber que práticas são melhores, e como saber quais são morais ou imorais? Em outras palavras, como podemos saber quais são certas e quais são erradas?

Ora, para a tradição de raciocínio deontológico baseado em Kant (ver capítulo 6 deste livro), o *certo* tem uma natureza independente, as coisas são certas em si mesmas, a base dessa imputação transcende nossas confusas práticas de vida cotidianas. A deontologia kantiana depende de se fragmentar a existência nos domínios do *empírico* e do *transcendentalmente ideal*, e muitos não aceitam a metafísica kantiana. Contra Hume e Kant, Wittgenstein adotou o pragmatismo epistemológico e não esperava encontrar ali uma justificação racional para cada nível de conhecimento – não há "explicações" absolutas que possam ser dadas para as características do que se acha

na base de nosso entendimento; podemos apenas oferecer "descrições". Além disso, essas descrições não provêm de fora dos jogos de linguagem, mas são, elas próprias, feitas a partir do interior de um ou outro desses jogos. Não é possível ficar em determinada posição fora dos jogos de linguagem e julgar as relações entre palavras, conjuntos, proposições e a realidade "objetiva", e desse modo avaliar se a linguagem está descrevendo corretamente a realidade, se é correlativa a ela ou se a representa. Estamos permanentemente dentro de um ou outro jogo de linguagem, e não pode haver nenhuma apreciação transcendental da adequação dos jogos de linguagem. Para o Wittgenstein da maturidade, o pensamento provém de contextos de vida; isso não equivale a um irracionalismo arbitrário, ou a um vazio (como Hume temia), mas à verdadeira racionalidade humana de nossas próprias formas de vida:

> Toda testagem, toda confirmação e desconfirmação de uma hipótese já ocorrem dentro de um sistema. E esse sistema não é um ponto de partida mais ou menos arbitrário e duvidoso para todos os nossos argumentos; não, ele pertence à essência do que chamamos de argumento. O sistema é menos o ponto de partida do que o elemento em que os argumentos têm sua vida (*On Certainty* [Sobre a certeza]: n.º 204).

Quando nos referimos aos objetos do mundo e sugerimos correlações etc., estamos operando dentro de um jogo de linguagem, e o modo como o mundo se divide para nós é condicionado pela estrutura desse jogo de linguagem.

A tarefa do pesquisador consiste em extrair os complexos funcionamentos dos diversos jogos de linguagem – da racionalidade de nossos estilos de vida. Através desse procedimento, empenhamo-nos conscientemente em frustrar nosso desejo de um ponto de vista transcendental que crie um reducionismo "falso" ao negar a necessidade de "explicar" o procedimento da "fundamentação" – em vez disso, tentamos demonstrar os processos nos quais os limites do pensamento efetivo e da "realidade" vivida se tornam evidentes, ou confirmados, a partir de dentro das estruturas vivas dos jogos de linguagem[21].

A filosofia teria um uso prático no processo de criação de projetos, objetivos e formas de vida das pessoas; dizer que sempre operamos dentro de um jogo de linguagem equivale a admitir uma compreensão radical da contingência das práticas sociais como instâncias definidoras do que somos, e de nossas inter-relações humanas como formadoras do social. Todavia, dizer que são contingentes não significa dizer que são arbitrárias, se isso significa que temos plena liberdade de abandonar totalmente uma situação histórica e simplesmente optar por criar outra posição em

21. Wittgenstein chamava sua abordagem de terapêutica e afirmava estar propondo alguma coisa bem diversa da abordagem explicativa tradicional. Sua versão da filosofia era aberta, e não autoritária: "A filosofia simplesmente põe tudo à nossa frente, e nem explica nem infere nada – Uma vez que tudo está exposto ao olhar, não há nada a explicar. Porque o que está oculto, por exemplo, não é de grande interesse para nós." No mesmo parágrafo, porém, ele afirma: "O trabalho do filósofo consiste em reunir lembranças tendo em vista uma finalidade específica."

algum outro conjunto de práticas sociais contingentes. Em vez disso, devemos voltar os olhos para a substância de nossos jogos de linguagem enquanto formadores da expressão material de nossas vidas e tentar compreender as tradições racionais que nelas existem; alternativamente, não devemos nunca deixar de colocar a questão da transformação – só procuramos nos preocupar com nossa "série de lembranças" porque são elas que oferecem alguma esperança concreta de soluções para se lidar com os "problemas" concretos da humanidade em suas diferentes posições sociais, econômicas e políticas.

O pressuposto de que podemos encontrar algum item totalmente independente dos jogos de linguagem já existentes no qual seja possível basear a construção de um novo sistema é um equívoco – em vez de nos preocuparmos com a noção de alguma base fundamental nos níveis profundos dos jogos de linguagem, deveríamos prosseguir com a tarefa de identificar o modo como realmente usamos aqueles de que dispomos, e nos quais vivemos, e tentar conhecer as implicações de seu uso para a vida social. Nossa necessidade geral de firmar nossos atos sobre alguma base não está inscrita nem em um esquema universal de razão pura, nem nas limitações de uma estrutura empírica profunda que condicione nossa existência ou no desejo arbitrário, mas sim nas formas de funcionamento que determinam nosso modo de vida.

> Como sou capaz de obedecer a uma regra? – se esta não é uma pergunta sobre as causas, então diz respeito à justificação de meu modo de seguir a regra. Se já esgotei as justificações é porque cheguei à base rochosa, e minha pá está em repouso. Inclino-me, então, a dizer: "Isto é, simplesmente, o que faço" (*Philosophical Investigations* n.º 217).

O que nos dá a garantia da verdade? Somente as formas da vida humana:

> "Estais então dizendo que é o consenso humano que decide o que é verdadeiro e o que é falso? – É o que os seres humanos dizem, que é verdadeiro e falso; e eles concordam na linguagem que usam. Isso não é consenso de opiniões, mas de forma de vida (*ibid.*: n.º 241).

O pensamento pragmático volta nossa atenção para a conduta de vida e as formações que a sociabilidade humana desenvolve. Especificamente, Wittgenstein nos exorta a investigar a operação dos "jogos de linguagem", as palavras e os atos aos quais eles se acham interligados "na prática do uso", como quando "uma das partes diz as palavras e a outra age em conformidade com elas" (*ibid.*). Aprender nossa linguagem significa aprender a existir dentro de diferentes jogos de linguagem nos quais as palavras são usadas de maneiras diversas.

Como conseqüência disso, parece que o filósofo – e, em decorrência, o jurista que já leu seu Wittgenstein – deve simplesmente esclarecer as obscuridades do uso da linguagem (sobre o direito, por exemplo) e deixar as investigações posteriores a cargo do sociólogo. De que modo, porém, poderá o sociólogo oferecer um jogo de linguagem superior?

O paradoxo é simples: se as atividades dos indivíduos só adquirem sentido através da participação em práticas sociais, então temos de passar a vê-las como fontes de nossas explicações e contextualizar, continuamente, tanto o que estamos investigando quanto a nossa própria posição. Porém, nossa metodologia do entendimento será ela mesma uma prática, e precisará, ela também, de entendimento. Assim, precisaremos entender a prática social da sociologia antes de podermos aceitar o seu discurso – e isso, por sua vez, constituirá outro jogo de linguagem, outra prática que, por sua vez..., e assim por diante.

A afirmação de que as regras (como o direito) só podem ser entendidas mediante sua inserção na sociedade – como afirma Hart, seguindo Wittgenstein – não nos oferece uma resposta sobre suas origens. Essa descoberta deixa lacunas terríveis na teoria de Hart. Ele tenta impedir essa possibilidade de retrocesso infinito mediante o recurso a uma prática social básica de reconhecimento do direito que chama de regra de reconhecimento. Todavia, não sabe nos dizer como encontrar a regra que nos permita reconhecer a *regra de reconhecimento*; em vez disso, deixa-a como uma prática social presumida. Hart também quer manter uma definição jurídico-positiva do direito que preserve nossa capacidade de análise moral. Portanto, o simples fato de concordarmos que essas regras, que são aceitas pela regra de reconhecimento do direito de uma sociedade específica, devem ser aceitas como um direito válido, não responde à questão de saber se elas determinam ou não a nossa obediência moral. Contudo, Hart (ao contrário de liberais kantianos inveterados, como Ronald Dworkin) não oferece nenhum critério que nos permita avaliar o valor moral das exigências de obediência legal. Uma vez que Hart insiste em que só está comprometido com a análise descritiva, sem nenhum objetivo justificatório, ele logo parece estar – contra todas as suas melhores intenções – estimulando o niilismo jurídico; não se nos oferece critério algum para julgarmos a legalidade.

Alguns críticos (por exemplo, Rosen, 1969) acreditam que a análise da linguagem ordinária é, *per se*, niilista. Sem dúvida, a acusação de relativismo foi freqüentemente imputada a Wittgenstein. Se as regras só podem ser justificadas no contexto de uma sociedade particular, de que forma podemos tomar quaisquer decisões relativas a saber se sociedades inteiras – como a Alemanha nazista ou a África do Sul sob o *apartheid* – podem ser "corretamente" consideradas certas ou erradas, moralmente aceitáveis ou indefensáveis? Se tudo é contextual, não será tudo relativo (ao contexto)?

Wittgenstein – e Hart – têm duas linhas de resposta. A primeira consiste em negar que precisemos de fundamentos. Essa antifundamentação tornou-se muito satisfatória para certos escritores pós-modernos[22], e Wittgenstein simplesmente afirma que devemos sempre estar usando um ou outro sistema de valores[23]. Como não po-

22. Um dos mais conhecidos é Richard Rorty (1979).

23. Isso parece condenar Wittgenstein à posição de que, como filósofo, nada pode dizer sobre o valor de certos modos de vida. Essa implicação parece decorrer de máximas como "A filosofia não pode absolutamente interferir no uso concreto da linguagem; ao fim e ao cabo, pode apenas descrevê-lo" (*Philosophical Investigations*, parágrafo 124). O dilema diz respeito, de fato, aos fundamentos, porque Wittgenstein assim continua o parágrafo: "Porque também não podemos lhe dar fundamento algum." A filosofia de caráter pragmático não pode dar-lhe um fundamento porque não existe nenhum plano universal de sentido; ao contrário, a prática deve ser compreendida em seus próprios termos, de onde se segue que a filosofia não ligada aos fundamentos deve "deixar tudo como está".

demos sair, simplesmente nos detemos em algum ponto; repetindo parte de uma citação anterior:

> Se já esgotei as justificações é porque cheguei à base rochosa, e minha pá está em repouso. Inclino-me, então, a dizer: "Isto é, simplesmente, o que faço" (*Philosophical Investigations*: n.º 217).

Para Hart, portanto, fica em aberto a afirmação de que sua regra de reconhecimento é simplesmente aquilo que ele usará como base de sua descrição do sistema jurídico; mas ele deve então admitir que isso deixa em aberto e por responder o que é que constitui a verdadeira natureza da regra de reconhecimento.

Portanto, sociedades diferentes podem ter diferentes regras de reconhecimento; o problema, então, é que uma expressão como "regra de reconhecimento" precisa que lhe sejam impostas algumas limitações, pois do contrário não estará à altura do papel que pretende desempenhar na teoria de Hart.

A segunda resposta que Wittgenstein oferece está fundamentalmente em desacordo com o relativismo:

> Seguir uma regra é análogo a obedecer a uma ordem. Somos treinados para fazê-lo; reagimos a uma ordem de um modo particular. Todavia, e se uma pessoa reagir de um modo, e outra de outro modo, diante da ordem e do treinamento? Qual delas está certa?
>
> Suponhamos que você chegou na qualidade de explorador a uma terra desconhecida onde se fala uma língua que lhe é muito estranha. Em que circunstâncias você diria que as pessoas desse lugar davam ordens, compreendiam-nas, obedeciam-nas, rebelavam-se contra elas, e assim por diante?
>
> O comportamento comum da humanidade é o sistema de referência por meio do qual interpretamos uma língua desconhecida (*Philosophical Investigations*: 206).

Wittgenstein parece sugerir que poderíamos estabelecer um contexto fundamental, isto é, o "comportamento comum da humanidade". Em outras seções, ele fala sobre "a correspondência entre conceitos e fatos muito gerais da natureza", o que implica que poderíamos remontar a razões subjacentes para as características dos modos de agir humanos diante dos fatos mais gerais sobre a natureza humana.

O problema é que cada solução aponta para direções opostas. Quando Wittgenstein diz que o que tem de ser aceito como *simplesmente dado* são as formas de vida, ele está nos condenando ao relativismo, ou pelo menos a uma pluralidade de jogos de linguagem; quando fala sobre a "história natural dos seres humanos" (*Philosophical Investigations*: 415), parece estar ressuscitando a história natural de Hume.

A SOLUÇÃO INSATISFATÓRIA DE HART PARA O LEGADO DE WITTGENSTEIN

Hart resolveu esse dilema ao acrescentar a seu uso muito legítimo da análise ordinária da linguagem – uma análise que nos mostra o quanto, em termos da atividade cotidiana inserida nas práticas em relação às quais podemos recorrer ao direito, pode ser visto como uma questão de observância das regras – uma síntese narrativa do desenvolvimento do direito, que passa de um pretenso estado "pré-jurídico" a um estado em que se converte num sistema jurídico moderno. Muitos críticos (por exemplo, Fitzpatrick, 1992) consideram ser esta a parte mais fraca da obra de Hart, e vêem a afirmação deste – a de estar simplesmente fazendo uma análise descritiva – como algo que na verdade equivale a apresentar uma teoria que justifica os procedimentos do sistema jurídico contemporâneo mediante uma afirmação implícita de que surgiram como a evolução funcional de uma estrutura social que pudesse conciliar a crescente complexidade da vida social[24].

Como se dá, em Hart, a narrativa da existência do direito? Seu pressuposto é o de que toda a vida social implica uma regulamentação normativa (a existência de normas sociais, expectativas, sanções para violações e/ou recompensas). Hart nos convida a "imaginar uma sociedade sem um legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer tipo"; esta é uma estrutura social "de regras primárias de obrigação". Nesse estágio "primitivo" ou "simples" de desenvolvimento social, essas normas são de natureza simples ("Exige-se que os seres humanos pratiquem certos atos ou se abstenham de praticá-los", *CD*: 78); elas impõem deveres e têm características de regras[25]. Nesse estágio inicial não há, necessariamente, instituições específicas que criem ou apliquem as normas (por exemplo, não há tribunais ou juízes), nem tipos diferentes de normas idênticas). Hart explica que, muito embora vá existir uma enorme variedade nas normas básicas entre as diferentes sociedades, deve haver um núcleo comum de "regras obviamente necessárias à vida social" (*CD*: 167). Essas regras encontram-se na base empírica da preocupação comum ao longo das eras mencionadas no discurso do "direito natural". Os teóricos do direito natural confundiram a necessidade de uma estrutura de regulamentação que provém de alguns truísmos básicos da natureza humana com sistemas complexos de moralidade.

24. Sabe-se que John Austin também se baseava pesadamente na distinção entre o estado primitivo, não-jurídico, da sociedade natural, e a regulamentação jurídica de uma sociedade política. Como assinala Peter Fitzpatrick (1992, cap. 6), Hart se baseia numa tradição particular de contar histórias ou criar narrativas sobre os fundamentos do direito, bem como de fazer um uso implícito da retórica para afirmar sua necessidade.

25. "Se uma sociedade deve viver apenas de acordo com regras tão primárias (...), as regras devem conter, de alguma forma, restrições ao livre uso da violência, do roubo e da fraude aos quais os seres humanos são tentados, mas que devem em geral reprimir se pretendem coexistir em estreita proximidade uns dos outros. De fato, essas regras são sempre encontradas nas sociedades primitivas das quais temos conhecimento, juntamente com uma diversidade de outras que impõem aos indivíduos diversos deveres positivos de prestar serviços ou fazer contribuições à vida comum" (*CD*: 88).

Hart arrola as seguintes regras mínimas: (1) regras que restringem o recurso à violência; (2) regras que exigem honestidade e veracidade; (3) regras que restringem a destruição de coisas tangíveis; (4) regras que proíbem o assalto dos objetos alheios. Essas regras são condições mínimas para a persistência de grupos sociais, isto é, se certas regras não existissem, o grupo social não "sobreviveria". O "princípio de sobrevivência" é o princípio básico que Hart propõe por trás da interação social, e a "sobrevivência" é o fato irredutível da vida individual: "A maioria dos homens, na maior parte do tempo, deseja continuar a existir" (*CD*: 187). Sem restrições à violência, algumas exigências de veracidade no trato com os outros e assim por diante, a vida social tornar-se-ia impossível. Portanto, ele conclui, todas as sociedades devem ter essas regras mínimas.

As "regras mínimas" particulares podem ser inferidas de um certo número de "truísmos elementares" sobre a natureza humana. Hart relaciona-os da seguinte maneira: vulnerabilidade humana, igualdade aproximada, altruísmo limitado, recursos limitados, compreensão limitada (ver *CD*: 189-94). Sua concepção da natureza humana erige-se sobre as idéias de Thomas Hobbes e David Hume (ver capítulos 4 e 5 deste livro). Hart atenua Hobbes quando insiste em que as regras sociais que restringem a busca do interesse pessoal "são, de qualquer modo, menos desagradáveis, menos brutais e menos bruscas do que a agressão irrestrita" (*CD*: 191)[26].

No texto de Hart, o caminho do desenvolvimento histórico avança para o estágio em que se torna possível identificar a existência de um "direito" ou "sistema jurídico"[27]. Hart postula um estágio ou ponto crítico. Isso implica o surgimento de um segundo e diferente tipo de regra que ele chama de "regra secundária". As regras secundárias são aquelas que

26. A imagem fundamental da idéia de Hart acerca da "natureza humana" é aquela do indivíduo que, apesar de isolado e comprometido com a sobrevivência individual, tem ainda assim de aceitar com relutância uma certa restrição à busca irrestrita do interesse pessoal, a fim de que tal sobrevivência (tanto individual quanto social) possa se tornar possível. Hart tenta atenuar o dramático rigor da concepção hobbesiana da natureza humana, mas em momento algum apresenta sua teoria como se esta tivesse bases políticas. (Para a crítica de Hobbes ver, em particular, C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, 1962, capítulo 2.) A objeção básica a Hobbes e a Hart é que seu modelo de seres humanos agressivos isolados é totalmente anistórica; nada se ganha ao se colocar seres humanos isolados (motivados pelo interesse pessoal e pela sobrevivência) reunidos para formar a "vida social" e ter de abrir mão de seu egoísmo. A vida humana é inevitavelmente "social" já em sua origem. Os indícios disponíveis sobre as sociedades mais primitivas ou simples não corroboram os pressupostos do selvagem agressivo. Conquanto devamos evitar o erro oposto de pressupor alguma "idade de ouro", os pressupostos de Hobbes e Hart aproximam-se mais da imagem da vida na época de Hobbes e da realidade da vida humana nas sociedades capitalistas competitivas. Os pressupostos sobre a natureza humana certamente não são "truísmos", como Hart afirma; são extremamente questionáveis.

27. Hart não se preocupa muito com a apresentação de provas, nem do primeiro estágio, nem do processo imediato. Ele não recorre ao considerável conjunto de informações existentes; por exemplo, aos estudos antropológicos do direito nas sociedades simples.

> (...) estipulam que os seres humanos podem, ao fazerem ou dizerem certas coisas, introduzir novas regras de tipo primário, extinguir ou modificar regras antigas ou, de diversas maneiras, determinar sua incidência ou controlar seu funcionamento (...). Elas conferem poderes, públicos e privados (*CD*: 79).

Elas introduzem "um passo que leva do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico" (*CD*: 91).

A EXISTÊNCIA FORMAL DO SISTEMA JURÍDICO

O funcionamento das regras secundárias fornece a base para a existência do sistema jurídico que se diferencia de uma mera coletânea de regras primárias[28]. Hart é relativamente obscuro quanto ao modo como essas regras surgiram, ou quanto à sua natureza precisa. Ele parece ligar duas espécies diferentes de regras: (i) regras que conferem a cidadãos/pessoas jurídicas poderes para alterar suas relações legais. Um elemento importante de sua crítica a Austin é a incapacidade de a "teoria do comando" das regras incorporar, por exemplo, a capacidade ou o poder de fazer um testamento ou celebrar um contrato. Esses tipos de regras jurídicas parecem ser incluídas como regras que conferem um poder *privado*; (ii) regras voltadas para autoridades jurídicas, em particular para os "juízes", sobre o modo como eles devem identificar as regras válidas, mudá-las e interpretá-las. A parte mais substancial de sua discussão das regras secundárias gira em torno desse tipo de regra (ver, mais adiante, os tipos de regras secundárias). Existem as regras que conferem poderes "públicos" às quais ele alude em sua definição inicial das regras secundárias. O problema é saber se esses dois tipos diferentes de regras secundárias são ou não suficientemente parecidos para ser incluídos dentro do mesmo conceito. O fato de que as regras são dirigidas a duas categorias distintas de pessoas, isto é, "cidadãos", por um lado, e "juízes", por outro, sugere uma resposta negativa[29].

Depois de sermos levados a considerar o direito como uma forma especial de regras, vemo-nos agora diante de um conceito análogo, isto é, o de *obrigação*. Nem todas as regras impõem obrigações. As que o fazem podem normalmente ser diferenciadas das demais de três maneiras (*CD*: 84-5): (i) elas têm uma seriedade de pressão social, ou seja, tendem a ser regras em que a exigência de conformidade é forte, e existe uma forte pressão social para se evitar a divergência; (ii) tende-se a considerá-las como necessárias à manutenção da normalidade da vida social; (iii) tende-se a considerá-las como regras que implicam a exigência de algum sacrifício para obedecê-las.

A idéia de regras enfatiza a necessidade particular de um elemento mental para dizer que estamos vivenciando uma atividade presa a regras, e que algumas regras são mais importantes do que outras. Podemos reconhecer as regras vinculadas com obrigações como regras jurídicas. Portanto, a estrutura jurídica é um sistema que segue essa abordagem. A sociedade tem uma série de regras "de tipo Austin", isto é, regras que impõem deveres e que previnem a violência, a fraude etc., e Hart chama-as de regras primárias (que impõem obrigações). Para uma sociedade existir apenas com esse tipo de regras, seria preciso que uma maioria da população adotasse a concepção interna das regras primárias. Isso não significa que teriam, necessariamente, de estar de acordo com elas, mas que deveriam tomá-las por guia. Numa sociedade desenvolvida, precisamos mais do que essa abordagem porque esta estrutura das regras não constituiria um sistema; faltar-lhe-ia coerência, e a razão estaria no fato de não haver modo algum de decidir os limites da regra e a relação entre as regras. Isso levaria: (i) ao problema da incerteza social quanto à posição relativa da regra e à força da obrigação imposta; (ii) significaria que não existem meios de modificar as regras primárias em tal sociedade. Tudo que se teria seria uma simples relação de regras que impõem obrigações. O sistema seria estático e, portanto, incapaz de enfrentar, em igualdade de condições, qualquer mudança em seu meio ambiente; (iii) não haveria como determinar, finalmente, quando uma violação das regras teria ocorrido. Sem alguma forma de processo de julgamento reconhecido, os litígios continuariam a existir, quer as regras tivessem sido infringidas, quer não. Isso levaria a uma ineficiência geral do sistema.

Hart procura remediar essas deficiências ao especificar três tipos diferentes de *regras secundárias*:

1. *A regra de reconhecimento* – Hart apresenta-a como solução jurídica para a incerteza. Determina o que é ou não uma regra primária válida para a sociedade. A regra de reconhecimento serve ao soberano de Austin (ou ocupa seu lugar) porque podemos ver que ela se situa na parte superior de um sistema jurídico. É uma regra que determina o que vale como direito; determina, por exemplo, as limitações processuais para a criação de uma regra por deliberação do Parlamento. É a essência de uma prática social que declara o que será reconhecido como direito válido.
2. *Regras de alteração* – Estas indicam como as regras primárias devem ser criadas, ou como as existentes devem ser alteradas.

28. Como os críticos assinalam prontamente, Hart diz muito pouco sobre as condições nas quais as regras secundárias passam a existir. Que mudanças cruciais ou críticas estão envolvidas? Estarão diretamente ligadas ao surgimento de instituições especificamente jurídicas? Serão dependentes do desenvolvimento de uma função específica que designamos como "judicial"?

29. Alguns autores sugerem que há uma única solução para esse problema. Esta consiste em lidar com as regras privadas que conferem poder dentro da categoria hartiana de "regras primárias de obrigação", e em deixar as regras secundárias exclusivamente voltadas para as autoridades. Todavia, há alguma razão para se pensar que Hart não pretendia chegar a tal solução, que não via com agrado. Ele faz duras críticas à tentativa kelsiana de definir todas as regras como se estas levassem as autoridades (os juízes) a aplicar certas sanções em circunstâncias específicas (*CD*: 35 ss.). Essa solução está, sem dúvida, em desacordo com a própria definição hartiana de regras secundárias.

3. *Regras de julgamento ou de prestação jurisdicional* – Estas especificam os meios pelos quais devem-se tomar decisões relativas a saber se uma regra primária foi ou não infringida.

Num sistema jurídico moderno, isto é, sob condições de vida civil, a situação normal seria que os cidadãos geralmente obedecessem às regras primárias, e que as autoridades que fazem funcionar o sistema jurídico reconhecessem as regras secundárias a partir de um ponto de vista interno. Elas refletem criticamente sua própria conduta e a conduta de outras autoridades no que diz respeito ao desempenho de seus papéis e a sua relação com sua tarefa.

> Seria necessário que houvesse uma atitude crítico-reflexiva quanto a certos padrões de comportamento enquanto padrão comum, e que isso se mostrasse em forma de críticas (inclusive de autocrítica), de exigências de conformidade e do reconhecimento de que tais críticas e exigências se justificam – tudo isso encontra sua expressão característica na terminologia normativa de (...) "certo" e "errado" (*CD*: 56).

O ASPECTO INTERNO DAS REGRAS E A QUESTÃO DA OBEDIÊNCIA

Embora Hart afirme não seguir a idéia austiniana de obediência e comando habituais, a imagem da sociedade que ele sugere é um cenário em que a maioria das pessoas obedece. Hart se baseia fortemente numa idéia de internalização na qual o agente tem um ponto de vista interno a respeito de uma regra e trata a existência desta como crucial à questão do que deve ser feito. A existência da regra é um motivo para a ação. Hart não discute de que modo essa atitude se consuma. Na verdade, ao prosseguir em sua análise ele admite que a maioria não precisa compartilhar plenamente uma concepção interior do direito; mesmo que muitos simplesmente obedeçam às regras primárias por hábito, continuamos tendo um sistema jurídico que funciona integralmente. As autoridades, porém, devem ter uma concepção mais complexa, e precisam compartilhar uma concepção interior das regras secundárias. Como se observa mais adiante, enquanto Hart enfatiza os estados mentais da população, no fim das contas o que realmente conta para a existência de um sistema jurídico é a concepção das autoridades. Por outro lado, Hart espera que num sistema democrático a maioria dos cidadãos assuma uma concepção interior; eles serão participantes integrais do sistema.

A ESTRUTURA DA TEORIA ANALÍTICA DO DIREITO DE HART

Parte do problema com a obra de Hart está no fato de ele oferecer uma obra híbrida; a narrativa do desenvolvimento do direito é, na verdade, apenas um conjunto de proposições analíticas. Especificamente:

A idéia das regras

A característica central ou essencial do complexo conceito de direito encontra-se no conceito de "regras", "a idéia (...) sem a qual não podemos esperar elucidar as formas mais elementares do direito" (*CD*: 78). John Austin mencionava freqüentemente as regras, mas não desenvolveu uma concepção específica do tipo de atividade social que elas implicam; Hart, porém, baseia-se em Kelsen (Hart não parece ter lido Weber, e boa parte do *Conceito de direito* é tanto mais pobre por ele ter negligenciado esse autor). Wittgenstein havia argumentado que as regras são sociais por sua própria natureza; o conceito de "regra" implica, necessariamente, que se pressuponha uma relação entre certos tipos de agentes sociais: o autor/criador de regras, o destinatário ou sujeito da regra e uma noção da autoridade que a aplica e julga.

A idéia de um sistema jurídico

O direito só existe na medida em que suas regras constituem um sistema; portanto, o conceito de "direito" envolve e requer o conceito de um "sistema jurídico" que o contenha.

Condições para a existência de um sistema jurídico

Há duas condições mínimas, e ambas são analíticas e empíricas: (i) as regras válidas "devem ser obedecidas em termos gerais"; esta condição implica o comportamento dos cidadãos/sujeitos jurídicos. (ii) As regras secundárias de um sistema "devem ser efetivamente aceitas pelas autoridades como padrões públicos comuns de comportamento oficial" (*CD*: 113); esta condição diz respeito, especificamente, ao comportamento das autoridades. Uma vez esclarecidos os critérios mensuráveis do "obedecido em termos gerais" e do "efetivamente aceito", podemos aplicá-los a circunstâncias históricas específicas[30].

A idéia do direito como união das regras primárias e secundárias

Esta idéia nos oferece a mais importante e singular das proposições de Hart, a saber: "o direito é a união das regras primárias e secundárias". A operação dessa

30. Sem considerar o detalhe das observações de Hart, podemos notar que *O conceito de direito* revela uma tendência particular: no fim, a "exigência do cidadão" torna-se um tanto reduzida e poderia ser satisfeita por formas passivas de aceitação, enquanto a "exigência da autoridade" torna-se importantíssima. Ele tem consciência de que sua exigência dupla leva a problemas (ainda que sua discussão não seja muito convincente; *CD*: 114 ss.).

"união" revela o caráter essencial ou fundamental do direito; distingue o pré-jurídico do jurídico, os atos de simples coerção disfarçada em lei da verdadeira lei. É o tema central da crítica de Hart a Austin e à teoria do comando do direito, e esclarece o "significado" do conceito de direito.

> A maior parte das características do direito que se mostraram mais desconcertantes (...) pode tornar-se mais clara se esses dois tipos de regra e a interação entre eles for compreendida (*CD*: 79).

A proposição, portanto, pretende ser explanatória e não apenas uma questão de definição.

Hart postula a transformação da sociedade primitiva em sociedade civil avançada com a criação de regras secundárias de alteração, adjudicação e reconhecimento – quando então surgem as instituições de julgamento. Ora o direito primitivo, que não conhecia a si próprio enquanto direito, é julgado: a *regra de reconhecimento*. Ora os deveres do homem, que parecem naturais e não socialmente impostos, são julgados: a *regra de julgamento*. Ora as regras são despojadas de sua simplicidade e levadas a parecerem contingentes: a *regra de alteração*. Essa alteração é o advento de uma exigência existencial: o mundo deve ser governado por (apelos à) justiça. A justiça denota uma preocupação com atributos de igualdade e com os cânones de julgamento. Desse modo surge o Estado, mas surge para fazer política, a política do julgamento e a constitucionalidade da terceira instituição: o juiz que decide e reconhece minha posição e a dos outros em face do direito. Esse juiz deve manter-se distante das partes; deve cercar-se de objetividade. As próprias regras secundárias precisam de "critérios objetivos" de interesses e vantagens.

O aspecto "externo" e "interno" do direito

Muito próxima da distinção estabelecida por Hart entre regras primárias e secundárias encontra-se a importância por ele atribuída à dupla exigência da existência de um "aspecto" (ou uma atitude) externo e interno por parte dos que se submetem a uma regra[31].

31. Ao afirmar que a idéia de direito é uma questão de regras, Hart nos chama atenção para a idéia de que o direito tem a ver com as obrigações fundamentais. O direito é uma parte do julgamento social do comportamento das pessoas. Segundo Hart, as regras têm a ver, fundamentalmente, com padrões de comportamento. Compreendemos os padrões que temos ao exibirmos reações hostis. Portanto, o comportamento vinculado a regras contrasta com o comportamento habitual, que consiste na mera regularidade. Há uma diferença fundamental entre uma regra levar a praticar certos atos e ter o mero hábito de agir desse modo. Talvez você possa dizer que "Em geral, vou ao cinema às segundas-feiras à noite", o que descreve sua prática regular. Ninguém irá criticá-lo se deixar de ir numa segunda-feira. Contudo, isso é muito diferente de haver uma regra social que determine que você vá ao cinema nas noites de segunda.

(i) *O aspecto externo*. Para "existir", uma regra deve ter conseqüências para o comportamento dos que a ela se submetem; isso implica algum padrão de conduta regular da maioria, isto é, um certo grau de conformidade entre a exigência de uma regra e o comportamento das pessoas; não implica nenhuma referência à opinião, sobre a regra, daqueles que a ela se submetem[32].

(ii) *O aspecto interno*. O que distingue as "regras jurídicas" dos costumes, hábitos, convenções etc. (mas não da moral) é o fato de implicarem uma certa atitude distintiva ou resposta subjetiva. Isso envolve mais do que apenas "o sentimento de estar obrigado" ou "ter uma obrigação": "é preciso haver uma atitude crítico-reflexiva diante de certos tipos de comportamento como padrão comum" (*CD*: 56). Essa "atitude crítico-reflexiva" se expressa no uso de uma linguagem normativa, por exemplo "deve", "deveria", "certo", "errado" etc.

Fica claro que, em sua discussão geral, Hart sugere que essa atitude interna deve ser bastante difundida entre a população (ver nossa citação inicial, *CD*: 893). Ao desenvolver sua distinção entre regras primárias e secundárias, ele tende a introduzir uma mudança de ênfase; cada vez mais, menciona a exigência de que cabe às autoridades ostentar essa atitude especial, que parece equivaler a um compromisso consciente e explícito com a observação das regras enquanto característica central da atitude oficial de tais autoridades em sua condição de "juízes" etc.

> O postulado da existência de um sistema jurídico é, portanto, uma afirmação de duas faces cujo olhar se volta, ao mesmo tempo, para a obediência dos cidadãos comuns e para a aceitação, por parte das autoridades, das regras secundárias enquanto padrões críticos comuns de comportamento oficial.

A diferença entre Hart e Austin estreitou-se até chegar ao ponto de fuga: numa sociedade ideal, as pessoas devem ser esclarecidas e aceitar a racionalidade das regras (Austin); numa sociedade saudável, as pessoas aceitariam as regras como padrões comuns de comportamento e reconheceriam uma obrigação de obedecer a elas (Hart). Além disso, Hart reconhece que não há razão para negar, a uma sociedade em que um grupo de autoridades exerce o poder e mantém coerência interna em sua ideologia, o *status* de vigência de um sistema jurídico atuante.

> Num caso extremo, o ponto de vista interno, com seu característico uso normativo da linguagem jurídica ("Esta é uma regra válida") poderia ser confinado ao mundo oficial. Nesse sistema mais complexo, somente as autoridades poderiam aceitar e usar os

32. Hart não se mostra muito preocupado em explorar esse aspecto "externo", pois sua atenção está voltada para o aspecto "interno". Todavia, a formulação um tanto vaga está cheia de problemas: não esclarece o grau de conformidade comportamental exigido, nem se uma regra que é desconhecida ou sistematicamente infringida deve continuar a ser vista como uma regra jurídica.

critérios de validade jurídica do sistema. Em tal sistema, a sociedade poderia ser deploravelmente mansa e servil, e os cordeiros poderiam terminar no matadouro. Contudo, não há razão para se pensar que ela não poderia existir, nem para negar-lhe o título de sistema jurídico (*CD*: 114).

Não é fácil acabar com o realismo austiniano!

A validade do direito

Uma característica comum do positivismo jurídico é a preocupação de identificar o que é que torna uma regra válida. A questão da validade é importante porque, uma vez identificada como "válida", uma regra implica conseqüências. Dentro de um sistema de regras atuante, uma regra válida é aquela que os juízes irão aplicar, e devem aplicar nos casos apropriados; e, no que diz respeito ao sujeito jurídico, essa regra cria uma presunção de que deve ser obedecida. (Uma presunção a favor da obediência não categórica nem inquestionável; desse modo, a crítica moral, como a iniqüidade ou a injustiça de uma lei, pode fornecer as bases para a desobediência de uma lei específica (*CD*: cap. 9). Para Hart, uma regra é válida quando satisfaz aos critérios especificados pela regra de reconhecimento. Sem dúvida, o fato de admitir que uma regra é válida dentro de algum sistema não diz nada sobre a validade do sistema em si. O problema da validação aparece na análise de Hart como uma questão intrínseca a um sistema.

Se a regra de reconhecimento determina que os juízes devem reconhecer as leis como direito, e a regra em questão está contida numa lei, então ela é válida. Na análise de Hart, a regra de reconhecimento é mais importante do que as outras regras secundárias. É uma "regra essencial" que tem "supremacia" sobre as demais; além disso, é o processo fundador de um sistema jurídico; não existem outras regras que determinem os critérios de reconhecimento[33].

A abertura fundamental da cadeia de validade de Hart

Hart afirma a existência de uma "cadeia de validade"; um regulamento, por exemplo, será válido se estiver de acordo com uma ordem legal, que por sua vez extrai sua validade de uma lei. Podemos imaginar as regras jurídicas como instâncias formadoras de uma hierarquia. A questão crítica que tem preocupado todos os positivistas, Hart inclusive, é o que acontece, seguindo nossa metáfora, no "topo" ou no

33. A regra de reconhecimento "fornece critérios para a determinação da validade de outras regras; mas é também diferente delas no sentido de que não existe regra alguma que forneça os critérios para a determinação de sua própria validade jurídica" (*CD*: 104).

"ápice" da hierarquia das regras: por exemplo, se as regras específicas extraem sua validade de uma lei, o que torna válida uma lei? Não há nenhuma regra que ofereça critérios para a validade jurídica da lei. No ápice encontra-se a "regra suprema", a regra de reconhecimento.

Essa regra é diferente de todas as outras regras, e não extrai sua validade de nenhuma outra. Até esse ponto, a validade de uma regra é interna, ou seja, é gerada no interior do sistema de regras. Porém, a regra de reconhecimento "não pode ser válida nem inválida" (*CD*: 105). Ao contrário, a existência dessa regra suprema é uma questão de fato ("uma afirmação externa de fato"); o "fato" crucial encontra-se na "prática, por parte dos tribunais, das autoridades e das pessoas que não ocupam função pública, de identificar a lei por alusão a ela". A importância da afirmação de que a regra de reconhecimento é uma questão de fato, ou uma "prática social", está no fato de permitir que a cadeia de validade não seja, para Hart, um mero construto analítico, e que ele possa vê-la como algo que tem por base uma prática social coerente.

Hart também acredita que sua posição a respeito da cadeia de validade é mais atraente do que a solução equivalente de Kelsen, que postula uma *Grundnorm*, ou "norma básica", como um construto (um "pressuposto" ou uma "hipótese") teórico. Hart defende a posição aparentemente menos problemática de insistir na existência factual ou empírica da "regra de reconhecimento suprema", que ele pressupõe superar a dificuldade. Hart procura tornar factual ou empírica a pergunta "O que é a regra de reconhecimento?". Depois de submetê-la a um exame, porém, constatamos que é enganosa. Hart passa então a falar sobre a "aceitação" das autoridades, como se esta fornecesse necessariamente as bases factuais por ele desejadas. De novo, podemos questionar a metodologia – é preciso ver com cautela o fato de que a regra que as pessoas dizem aceitar e aplicar não é, necessariamente, aquilo que de fato explica sua conduta (isto é, o que elas dizem aceitar pode explicar o que fazem, mas não nos dá disso uma garantia). O ceticismo dos realistas jurídicos norte-americanos levou-os a questionar a explicação dada pelos próprios juízes sobre sua conduta, e a sugerir que eles podem, ainda que inconscientemente, ser motivados por um conjunto complexo de valores e preconceitos. Não é preciso concordar com a análise do comportamento feita pelos realistas jurídicos para concluir que é arriscado, de nossa parte, aceitar o relato dos próprios juízes sobre qual norma básica aplicam como indício seguro e inequívoco da "prática social" que constitui a regra de reconhecimento suprema. A melhor ilustração prática dessas dificuldades se revela quando examinamos a atividade judicial da interpretação das leis na qual, ao afirmarem sua adesão à regra básica de intenção, os juízes têm às vezes posto em prática o que podemos descrever melhor como o princípio da aplicação daquilo que, na opinião dos juízes, o Parlamento "deve" ter pretendido.

A regra de reconhecimento é um aspecto vital da obra de Hart, mas é também o *locus* em que qualquer idéia da existência de um sistema jurídico independente se fragmenta. Hart deixa claro que "as bases de um sistema jurídico consistem (...) numa regra de reconhecimento suprema que oferece critérios legítimos para a identifica-

ção das regras válidas do sistema (...). A questão de saber se uma regra de reconhecimento existe, e qual é seu conteúdo, ou seja, quais são os critérios de validade em qualquer sistema jurídico dado, é (...) uma questão de fato empírica, ainda que complexa (...)" (*CD*: 245, nota 97).

O que é, porém, a regra de reconhecimento suprema? Hart oferece como exemplo a fórmula simples "Tudo que for aprovado no Parlamento será lei", apresentando-a como a expressão adequada da regra no que diz respeito à competência jurídica do Parlamento; se aceita como critério supremo para a identificação do direito, trata-se em geral de uma regra que serve para identificar "o direito". Contudo, pode Hart simplesmente fazer referência ao "direito" quando se sabe que ele tentou, a duras penas, reduzir o direito a diferentes regras? Ele parece estar invocando alguma presença essencial – o ser do direito – que, como sua teoria tentou afirmar, não deveria fazer parte de nosso imaginário jurídico. Hart admite que, na verdade, isso não identifica a verdadeira regra; ao contrário, chama nossa atenção para a prática de se reconhecer uma lei depois da qual outro conjunto de práticas, aquelas da interpretação das leis, identifica a regra aplicável. Isso apenas faz com que a questão volte a se colocar, dessa vez de forma mais específica: haverá uma maneira identificável de interpretar as leis que nos oferecesse "critérios convalidados para a identificação das regras válidas do sistema"? Hart rejeita essa pergunta por considerá-la "um mero caso de incerteza ou textura em aberto de uma lei específica, sem colocar nenhuma questão fundamental" (*CD*: 144).

É interessante observar que Hart revela suas intenções em seu próprio prejuízo na citação abaixo (versões semelhantes são reproduzidas em outras partes do livro), que pertence a uma narrativa em que os tribunais são exortados a julgar no núcleo e nas adjacências da "regra" em que os tribunais conferem sentido à doutrina inglesa da soberania parlamentar. Hart considera paradoxal, à primeira vista, esse processo em que "os tribunais terão feito determinar, a essa altura, a regra suprema por meio da qual se pode identificar as leis válidas"; contudo,

> (...) o paradoxo desaparece se nos lembrarmos de que, embora toda regra possa parecer duvidosa em alguns aspectos, é, de fato, uma condição necessária de um sistema jurídico existente que nem toda regra suscite dúvidas em todos os seus aspectos. A possibilidade de que os tribunais tenham autoridade, a qualquer momento, de decidir essas questões delimitadoras sobre os critérios de validade fundamentais, vai depender do fato de que, no momento em questão, a aplicação desses critérios a um vasto campo do direito, aí incluídas as regras que conferem tal autoridade, não levante dúvida alguma, ainda que seu objetivo e sua esfera de ação o façam (*CD*: 148-9).

Assim, o sistema funciona na medida em que suas partes abertas a questionamento a qualquer momento dado abranjam apenas uma pequena parte do todo.

O sistema jurídico pode, então, ser um conjunto de práticas, ideologias, rituais e mitos diversos. Suas bases implicam poder e rotina; é possível que, na medida em que funcione, não precise de legitimação – o desempenho reduz a necessidade de legitimação.

Como Hart termina por afirmar,

> A verdade talvez seja que, quando os tribunais decidem questões não consideradas anteriormente sobre as regras constitucionais mais fundamentais, eles passam a ter a autoridade de considerá-las aceitas depois que as questões foram colocadas, e depois que a decisão foi tomada. Tudo que se passa, aqui, é bem-sucedido (*CD*: 149).

HART E O CONTEÚDO MÍNIMO DO DIREITO NATURAL

Em *O conceito de direito*, Hart sugeriu que existe um "núcleo de verdade inquestionável" nas doutrinas do direito natural. De novo, sua tática remonta a Hobbes e ele afirma estar meramente usando a razão para identificar os tipos mínimos de regras exigidas pelos elementos básicos da condição humana. Cinco "truísmos" sobre a humanidade permitem postular um "conteúdo mínimo" das regras sociais:

1. Vulnerabilidade humana
2. Igualdade aproximada
3. Recursos limitados
4. Altruísmo limitado
5. Entendimento limitado e a força de vontade

1. *Vulnerabilidade humana*. Por vulnerabilidade humana, Hart deseja chamar a atenção para o fato de que, em face das circunstâncias naturais em que nos encontramos, vivemos em situação de extremo risco. Estamos em risco devido ao meio ambiente, e também devido aos que nos cercam, que podem pretender nos prejudicar. Em termos gerais, não somos totalmente protegidos contra nosso meio ambiente, tanto social quanto naturalmente. Precisamos nos proteger, e o sistema jurídico é um dos mecanismos aos quais recorremos em busca de proteção.
2. *Igualdade aproximada*. Os seres humanos são aproximadamente iguais. Em outras palavras, ainda que algumas pessoas sejam mais dotadas do que outras, ainda que haja, por assim dizer, um espectro de relações humanas, este é relativamente estreito e então, em termos gerais, estamos igual e mutuamente em risco. Se assim não fosse, haveria uma série de grandes diferenças no modo como organizamos nossas vidas. Teríamos de pensar em nós próprios de um modo diferente daquele como nos percebemos. Se houvesse diferenças muito mais fortes entre os seres humanos, se pessoas muito fortes fossem ainda mais fortes, e pessoas muito fracas ainda mais fracas, então poderíamos ter achado difícil justificar os tipos de elementos de controle que têm sido usados na sociedade a fim de aplainar nossas diferenças. Ao fim e ao cabo, poderíamos achar difícil persuadir os que são ex-

cessivamente fortes a aceitar as limitações que os sistemas jurídicos resolveriam impor a suas aptidões... Não obstante, precisamos ter consciência do fato de que elas podem ser inadequadas.

3. *Recursos limitados*. Não há recursos suficientes para todos. Esse é mais um problema de escassez absoluta e de distribuição; existe um número limitado de recursos de um tipo particular, e competimos por eles; portanto, precisamos de mecanismos que assegurem que a concorrência não provoque reações que resultem em caos social. Na verdade, Hart está chamando nossa atenção para o fato de que precisamos de algum mecanismo especificamente devido a um fato natural sobre o mundo natural: o fato de que não temos livre acesso a tudo de que necessitamos porque os recursos são limitados. Segue-se daí que, em épocas e lugares nos quais determinados recursos não forem escassos, podemos esperar que uma análise diferente se aplique.

4. *Altruísmo limitado*. Há, aqui, dois aspectos: (i) os seres humanos são, de fato, altruístas. Em determinados lugares e ocasiões, eles tencionam agir mais no interesse dos outros do que no de si próprios. Precisamos levar isso em conta em diferentes esquemas de administração, mas (ii) também ter em mente o fato de que, muito embora os seres humanos sejam altruístas, eles assim se comportam de modo muito irregular. Não podemos contar com pessoas que agem o tempo todo em função do bem-estar de seu semelhante. Mais importante ainda, não podemos nos esquecer de que o motivo de elas agirem de modo altruísta encontra-se muitas vezes no fato de esperarem que, se agirem bem com os outros, estes irão retribuir com a mesma moeda. Assim, embora pudéssemos ter alguma expectativa de que os seres humanos se comportem bem entre si, precisamos levar em consideração a aplicação irregular desse truísmo.

5. *Limite de entendimento e força de vontade*. Isso significa, na verdade, que nem sempre sabemos o que é bom para nós. Em outras palavras, nem sempre sabemos o que devemos fazer em atendimento aos nossos próprios interesses. Além do mais, mesmo quando compreendemos nossos melhores interesses, podemos não estar em condições de fazer o que é preciso.

Em certo nível, esses cinco fatores são simplesmente modos de se levar vantagem sobre a exigência tradicional, por parte do jusnaturalismo tradicional, de um critério moral para o poder do direito[34], e de se transformar isso em nosso reconhecimento de problemas que nos dão uma necessidade básica de certos tipos de regras e sistemas normativos legais e/ou morais. Um sistema jurídico que não ofereça um

34. Como Hart resume o fundamento tradicional do direito natural: "Que existem certos princípios de conduta humana à espera de serem descobertos pela razão humana, aos quais o direito criado pelo homem deve ajustar-se se pretende ser válido" (*CD*: 186).

nível mínimo de proteção de nossas necessidades físicas e psicológicas seria raramente identificável como um sistema jurídico. Para Hart, o assunto parece ser uma questão de realidade prática de eficiência. Nenhuma das características externas da existência de um sistema jurídico sobre o qual ele fala parece ser relevante à operação interna de um sistema jurídico. Para Hart, não se pode utilizar o fracasso sistemático de um determinado sistema jurídico em proteger uma pessoa (ou classe de pessoas) particularmente vulnerável, ou manter um determinado recurso escasso, como critério de aferição da legalidade de tal sistema. O máximo que se pode fazer é criticar esse sistema jurídico pela incapacidade de satisfazer aos padrões consensuais necessários. O sistema jurídico que não consegue oferecer a mais básica proteção aos interesses humanos pode não ser um sistema muito bom e, portanto, pode levar uma pessoa a acatá-lo ou rejeitá-lo, mas os graus de excelência ou imperfeição de um sistema jurídico não podem, para Hart, ser relevantes para a questão da análise da validade. Entendido no contexto das abordagens tradicionais do direito natural, o conteúdo mínimo do direito natural de Hart é uma estrutura defensiva. Hart, de modo verdadeiramente liberal, não se sente capaz de dizer-nos qual é o propósito da vida social; pode apenas reformular a injunção hobbesiana de evitar a morte. Porém, perguntam críticos como Lon Fuller, que tipo de conclusão é esse que consiste em dizer que todo esse discurso sobre o direito natural equivale à percepção de que, se os seres humanos devem "sobreviver" (o que é apresentado como o objetivo fundamental), então o direito deve oferecer uma proteção mínima às pessoas; propriedade e compromissos? Uma crítica que se impõe de imediato, aqui, é a de que esses truísmos nada mais são do que aquilo que é evidente em certas imagens do homem – não há, neste caso, nenhum "direito superior". Não é isso, por certo, o que Hart estava tentando estabelecer; ele admite, em seguida, que mesmo esse conteúdo mínimo não poderá assegurar a justiça em comunidade alguma. Não existe ainda um método infalível de se identificar "casos semelhantes", e a igualdade deve ser sempre um juízo de valor; desse modo, mesmo a imparcialidade é "compatível com uma grande iniqüidade".

Ao elaborar seu argumento de um "conteúdo mínimo do direito natural" Hart segue uma tática comum para a criação das teorias modernas: especificamente, despojar a humanidade de todo aparato "particularista" e reduzi-la à pretensa essência humana básica – o ser independente, autônomo e, portanto, fundamentalmente incapaz de interação social. Privado de todas as características de contexto histórico, ou de inserção concreta, isso nos situa, porém nos confunde com essa pura essência; espera-se que o que é comum ao homem enquanto tal, comum a toda humanidade, torne-se visível. A partir de Hobbes e Locke, as instituições sociais emergem para preservar, proteger, conservar e defender os interesses pessoais básicos dos indivíduos. Enquanto extensão do eu, o "outro" é relegado ao não-dito; o próximo é apresentado como um estranho, e o amigo apenas como uma ameaça. Os elementos essenciais são a universalidade, as implicações intencionais e os resultados substantivos.

Primeiro, Hart oferece a universalidade:

> A reflexão sobre algumas generalizações muito óbvias – na verdade, truísmos – a respeito da natureza humana e do mundo em que vivem os homens mostra que, na medida em que estas se mantêm válidas, há certas regras de conduta que qualquer organização social deve observar se pretende ser viável (...); esses princípios de conduta universalmente reconhecidos, que têm base nas verdades elementares relativas aos seres humanos, seu meio ambiente natural e seus objetivos, podem ser tidos como o conteúdo mínimo do direito natural (...) (*CD*: 193).

Em segundo lugar, a estrutura de seus argumentos é de natureza intencional: os truísmos "oferecem uma razão pela qual, dada a sobrevivência como um objetivo, o direito e a moral devem incluir um conteúdo específico". A criação das regras mínimas é, portanto, uma criação racional dotada de intenção, e esta é, no caso, a autoconservação – a sobrevivência do individual e do coletivo. Assim, Hart retorna à base em que Hobbes oferece o liberalismo; novamente, porém, Hart se empenha em distinguir sua abordagem daquela da tradição do comando.

Para reforçar a regra, as sanções são "necessárias, não como o motivo normal para a obediência, mas como uma garantia de que os que obedeceriam voluntariamente não serão sacrificados aos que não o fariam. Obedecer sem isso seria o mesmo que arriscar-se a ir para o paredão". As sanções protegem a operação cotidiana da ordem jurídica, ou aquilo que Hart chama de "sistema de indulgências mútuas", somente nos extremos; no nível da sucessão dos dias, é como se tivéssemos uma compreensão operacional da racionalidade da observação da regra.

A moralidade, porém, distingue-se do que Hart chama de "moral". Trata-se mais exatamente daquilo que é deixado de lado e não poderá nunca ser apreendido por um código de ética. Como diz Bauman (1993: 34):

> Somente as regras podem ser universais. Podem-se legislar para vincular com regras, deveres universais, mas a responsabilidade moral existe exclusivamente ao se inserir o indivíduo e deixar-se levar individualmente. (...) Portanto, a moralidade do sujeito moral não (...) tem a natureza de uma regra. Pode-se dizer que a moral é o que resiste à codificação, à socialização e à universalização.

Não é a ambigüidade que incomoda em Hart; é, na verdade, o fosso entre o mínimo que ele explicita e o excepcional que ele exige (por exemplo, no caso da resistência às leis nazistas). Uma vez mais, o discurso das regras de Hart implica padrões de convenção, e não uma ordem social habitada por pessoas dotadas de convicções. O conteúdo mínimo do direito natural é a imagem das normas, convenções e regras sociais que permitem a segurança – todos devem fazer seu mínimo. Contudo, Hart chama a atenção para algo mais; suas seis categorias dos diferentes domínios do direito e da moralidade servem para distinguir a tarefa de reconhecimento da validade da ambigüidade de se atribuir valor moral a esse direito válido: "aquela idéia de que existe alguma coisa fora do sistema oficial em referência à qual, em última instância, o indivíduo deve resolver os problemas de obediência (...)".

Qual é, porém, a natureza desse "outro", desse ponto de referência ou dessa exortação à moral? As tradições do direito natural estão divididas entre transcendência e racionalização; entre o mistério e a proposta de uma narrativa em que percebamos – ao menos em termos gerais – as razões pelas quais devemos ser morais. Contudo, reduzir a moralidade a uma questão de regras racionais, cuja obediência é imposta pela necessidade humana – pela sobrevivência – é algo que ignora o vazio existencial que se encontra na base da exigência moral.

Em última análise, portanto, a tese de Hart do conteúdo mínimo do direito natural só pode funcionar como uma base narrativa para a ordem jurídica, não para a moralidade. A base da moralidade é alguma *outra* coisa; não é a autoconservação no sentido da mera segurança pessoal; porque ser moral, como já demonstrou Antígona, pode significar a opção pela morte. Como afirmou Bartoszewski sobre a responsabilidade moral daqueles que sobreviveram aos horrores do Holocausto: "Só os que morreram ajudando podem dizer que fizeram o suficiente" (citado em Bauman, 1993: 80). Nenhuma lei pode esgotar o dever moral, pois a moralidade não pode ser uma questão de convenção. Ou pode? Reduzir a moralidade a convenções pode parecer reducionista a alguns, enquanto para outros se trata apenas de ser realista. O que está em jogo é a transcendência; a exigência de pensar em uma essência da existência humana que se recuse a ser apreendida em termos friamente científicos. O medo também faz parte disso porque, se a imoralidade for meramente convencional, será também relativa, e pareceremos ter perdido nossas esperanças na singularidade do ser humano. Sem dúvida, é também mais fácil – se a moralidade for convencional, então a socialização substituirá a responsabilidade moral pela obrigação de obedecer às normas procedimentais. A sociedade complexa é impossível sem instituições uniformes e profundas de socialização; contudo, o excesso de socialização voltado para a obediência pode produzir alguns dos grandes excessos da modernidade, os crimes de obediência. A criação de um povo moral é um processo ambíguo, pois a estrutura é sustentada pela socialização, a estrutura social são os feitos reiterados das pessoas; sem estrutura social não pode haver nem vida cotidiana nem história social. A socialização, porém, também pode representar o despojamento do eu, do potencial para a individualidade moral. A humanidade requer tanto a socialização quanto a sociabilidade contra-estrutural – ou o distanciamento crítico. A sociedade humana requer ambas as coisas, mas não se trata de uma combinação simples. A socialização pode desarmar a moralidade crítica, enquanto a sociabilidade contra-estrutural pode sobrecarregar o sujeito com a dúvida moral e a opressão existencial.

HART E A TEORIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO: UM MEIO-TERMO ENTRE FORMALISMO E CETICISMO ACERCA DAS REGRAS?

> O formalismo e o ceticismo diante das regras são o Cila e Caribde da teoria jurídica; são grandes exageros, salutares quando se corrigem mutuamente, e a verdade encontra-se entre eles (*CD*: 144).

No capítulo 9 de *O conceito de direito*, Hart tenta fazer uma análise do raciocínio jurídico a meio caminho entre as tradições do formalismo jurídico e a corrente de realismo jurídico que postulava o ceticismo diante das regras.

Em primeiro lugar, qual é a tradição do formalismo? Austin legou à posteridade a exigência de que o estudo e a compreensão do direito se convertessem numa ciência. Para ele, havia duas correntes: (i) a análise lógica dos conceitos jurídicos e de sua inter-relação; (ii) a condução do direito por meio da razão legislativa – especificamente, o deixar-se guiar pelo princípio de utilidade. Formalismo é o nome dado a uma tendência (uma tradição) que se apoderou da idéia do direito como ciência, mas subtraiu da imagem a preocupação com a razão legislativa. Em vez disso, o direito era representado como algo que se desenvolvia a si próprio. O gradualismo inerente da metafísica da tradição do *common law* – as bases que subjazem ao imaginário humiano – pareciam postular um domínio do direito que se desenvolvia a si próprio e era relativamente autônomo; o raciocínio e a exposição jurídicos podiam ser abrangidos por cânones particulares à esfera do empenho, e tal empenho consistia em desenvolver o direito de maneira científica, de acordo com sua racionalidade inerente. Nos Estados Unidos, a pessoa mais comumente associada ao desenvolvimento do formalismo jurídico foi Christopher Columbus Langdell – a partir de 1870, o primeiro reitor da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard. Langdell acreditava profundamente que o direito era uma ciência, e que

> (...) todos os materiais disponíveis dessa ciência estão impressos em livros [relatos de casos, leis, comentários sobre jurisprudência...]. Para nós, a biblioteca é (...) tudo que os laboratórios das universidades são para os químicos e físicos, tudo que o museu de história natural é para os zoólogos, tudo que o jardim botânico é para os botânicos (Langdell, 1886, discurso de saudação à Faculdade de Direito de Harvard, citado em Gilmore, 1977: 42).

O objetivo da ciência jurídica era o de criar um perfeito corpo unitário de regras que pudessem abranger todas as situações. A metodologia deveria aproveitar, dentre o grande número de casos, aqueles que "aplicassem bem o direito", e descartar os que assim não o fizessem[35].

35. *Nota*: o modelo de verdade usado no século XIX para a ciência era o da verificação – acreditava-se que a verdade científica era definitiva, absoluta, e que a tarefa humana consistia em descobri-la e enunciá-la. Popper (1959, 1969) inverteu drasticamente esse critério de verificação com seus escritos a partir de 1934, nos quais argumentava que o critério deveria ser de refutação. Depois de Popper, a ciência atua fazendo o melhor possível com o material e os resultados de que dispõe, e procura a verdade; essas afirmações científicas, contudo, não serão a história definitiva, uma vez que sempre será possível introduzir aperfeiçoamentos; assim, as teorias científicas devem estar abertas à verificação, às tentativas de provar sua fragilidade, à refutação.

> Os casos úteis e necessários são proporcionalmente muito inferiores, em número, diante de todos os que foram relatados. A grande maioria é inútil, mais do que inútil, a qualquer objetivo de estudo sistemático (Langdell, 1871, prefácio a *Cases on Contracts*, citado em Gilmore, 1977: 47).

A ordem jurídica consistia em um certo número de "doutrinas jurídicas fundamentais", e o jurista deveria ordenar e enxugar as variações "para que a doutrina pudesse ser classificada e organizada de tal modo que a cada uma se atribuísse o devido lugar". O pressuposto dessa imagem da ordem jurídica era o de que existia um universo racional de doutrinas jurídicas que se podia revelar, e que reduzia a aparente diversidade (empírica) do direito a uma unidade subjacente. Na análise um tanto dogmática de Gilmore (1977), Holmes fomentou esse processo ao propor que

> (...) era possível, num discurso intelectual de alto nível, reduzir [diferentes princípios de qualquer campo específico do direito] a uma série única e filosoficamente contínua, e criar uma teoria unitária que pudesse explicar todos os exemplos imagináveis e, desse modo, fazer com que se tornasse desnecessário examinar em detalhes o que se estava passando concretamente no mundo real (Gilmore, 1977: 56).

Essa tradição do direito como ciência tornou-se a corrente ideológica dominante na teoria jurídica norte-americana. A partir da década de 1920, foi atacada pelos realistas jurídicos, que desejavam introduzir o elemento humano na evolução jurídica. Em vez de enfatizar a coerência doutrinária e concentrar-se nas regras mencionadas em decisões como material de análise, os realistas afirmavam que a verdade das decisões jurídicas estava nas filosofias sociais, nas motivações e na atitude mental dos juízes. Estes, parecia, não podiam se mostrar cegos à realidade social do direito – mesmo quando, em seus julgamentos, não se referiam especificamente a sua consideração dos efeitos sociais de suas decisões.

Para Hart, a questão é relativamente simples: seja qual for a extensão do regime de regras, ou de um corpo de regras sociais, as regras criadas pela jurisprudência, as leis ou outros mecanismos reguladores criados sem experiência normativa anterior, não estão jamais totalmente livres e imunes à indeterminação e às interpretações conflitantes. É impossível, para o direito, deixar de ter uma textura até certo ponto aberta[36]. O uso específico da textura aberta, por Hart, enfatiza nossa "relativa ignorância dos fatos" e a "relativa indeterminação dos objetivos":

36. Hart adapta a noção de textura aberta desenvolvida por Friedrich Waismann (1951). Segundo Weismann, a textura aberta é a possibilidade de que até mesmo o termo menos vago e mais preciso acabe por mostrar-se vago em decorrência de nosso conhecimento imperfeito do mundo e de nossa incapacidade de prever o futuro. Portanto, a despeito de quão preciso o termo pareça ser quando empregado, existe a possibilidade de ocorrências não previstas que o tornam vago quando se pergunta se ele cobre todo o contexto.

> Se o mundo em que vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todos seus modos possíveis de combinação, se dessem a conhecer a nós, poderíamos prever toda e qualquer possibilidade. Poderíamos criar regras cuja aplicação a casos específicos não exigiria nunca uma nova escolha. Tudo seria passível de conhecimento, e para qualquer coisa – uma vez tudo seria conhecido – algo poderia ser feito e antecipadamente especificado por uma regra. Este seria um mundo apropriado à teoria jurídica "mecanicista" (*CD*: 125).

Para Hart, ao contrário, a textura aberta das leis significa que a regulamentação das áreas de conduta "deve ficar a cargo de tribunais e autoridades, aos quais compete chegar a um equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam de caso para caso" (*CD*: 132). Isso, porém, não causa muita dificulade. Como diz Hart:

> No limite (...) das coisas muito fundamentais, devemos dar as boas-vindas ao cético diante de regras, desde que ele não se esqueça de que é no limite que assim o acolhemos; e não devemos ser cegos ao fato de que o que torna possível (...) os grandes avanços, pelos tribunais, das regras mais fundamentais, é em grande parte o prestígio obtido por eles devido a suas operações, inquestionavelmente regidas por regras, em vastas e cruciais esferas do direito (*CD*: 150).

Uma dificuldade é inerente à linguagem: Hart insiste em que, embora a maioria dos termos tenha um significado central ou fixo que confere clareza e facilidade a seu uso geral, eles têm uma penumbra, ou uma região obscura, na qual em muitos casos é impossível dizer, com certeza, se um termo é ou não aplicável. Na periferia – mas somente ali –, exige-se o poder discricionário. Seu mais famoso exemplo era: "Proibida a entrada de veículos no parque" (1958: 607; *CD*: 123-7).

Ao formular o problema, porém, Hart parece reduzi-lo a uma mera questão de linguagem:

> Há um limite inerente à natureza da linguagem, à orientação que a linguagem geral pode oferecer (*CD*: 123).

Os termos da regra não podem cobrir todas as situações factuais possíveis. Em decorrência disso, a política deve entrar em cena na tomada de decisões judiciais:

> Quando o caso em exame não se resolve, confrontamos os problemas em pauta e podemos, então, resolver a questão ao fazermos, do modo que nos seja mais satisfatório, uma escolha entre os interesses conflitantes. Ao fazê-lo, teremos conferido maior determinação a nosso objetivo inicial e, eventualmente, teremos resolvido uma questão relativa ao significado – para os fins a que se propõe essa regra – de um termo geral (*CD*: 126).

Em resposta, Lon Fuller (1958) afirmou que os termos simplesmente não têm núcleos centrais de significados que independem dos objetivos específicos com os

quais esses termos são empregados (ponto de vista muito aceito atualmente; ver James Boyle, 1985: 708-13; Drucilla Cornell, 1988: 1.137-8; Robert Moles, 1987: 176-206). O exemplo dado por Fuller, o de uma estátua que incluía um veículo cuja exclusão do parque parece incompatível com qualquer objetivo sensato por trás da regra, não é particularmente bom – uma estátua dificilmente será um veículo. A questão pode não ser resolvida mesmo se admitirmos a necessidade de interpretar os termos de uma lei à luz do objetivo dessa mesma lei, uma vez que é possível haver diferentes estratos de objetivos.

A terminologia e o tom de Hart são reconfortantes; o sistema funciona, no todo, com problemas mínimos. Inversamente, para ele, o cético é um racionalista frustrado que, ao descobrir "que as regras não são tudo o que seriam no paraíso do formalista, passa para o extremo oposto, argumentando que as regras "não oferecem nada que circunscreva a esfera da textura aberta".

É preciso haver moderação[37]. O fato de que as regras têm "exceções que não podem ser exaustivamente formuladas" não significa que elas não tenham capacidade alguma de ser obrigatórias do ponto de vista legal ou moral. A ênfase excessiva na "penumbra" foi, em si mesma, uma importante fonte de "confusão na tradição norte-americana" (Hart, 1958: 593, 615).

Contudo, o discurso da moderação e o disfarce da coerção não põem fim ao problema do direito. Apesar de toda sua clareza, Hart constantemente retoma dilemas ou aspectos torturantes da teoria clássica, submetendo-os ao questionamento da análise sociológica. Aqui, no coração de sua análise – onde há um vazio ou onde as regras se esgotam –, há um recurso ao não-direito. A própria clareza da separação positivista entre direito e moral implica que, sem regras, predomina o não-direito. Nesse vazio, o que assume o comando? Hart deu fim ao soberano de Hobbes e de Austin, bem como a sua razão legislativa. O poder discricionário destrói aos poucos a ideologia do estado de direito e permite que a política entre em cena, mas desta vez se trata de uma política para além dos limites do pensamento jurídico. Portanto, a obra clássica da filosofia jurídica moderna aponta, inequivocamente, para além da filosofia jurídica, para sua "verdade".

37. Hart está seguindo um grande número de opiniões jurídicas. Por exemplo, Benjamin Cardozo (1921: 164), "Dos casos que se apresentam ao tribunal em que atuo, acredito que a maior parte não poderia, com algum quê de razão, ser resolvida a não ser de uma única maneira". Roscoe Pound: "A cada dia que passa, a prática nos mostra que muitas regras são aplicadas sem maiores questionamentos." Ronald Dworkin estava inicialmente de acordo, preferindo fundamentar sua análise nos "casos difíceis"; depois, porém, passou a argumentar que todos os casos fáceis devem ter sido, alguma vez, casos difíceis. Colocada em termos hermenêuticos, uma interpretação fácil ou de senso comum só é fácil por estar profundamente inserida numa comunidade ou tradição interpretativa; houve uma vez em que uma primeira interpretação foi difícil.

Capítulo 14

Liberalismo e a idéia da sociedade justa na modernidade tardia:

uma leitura de Kelsen, Fuller, Rawls, Nozick e dos críticos comunitários

I. KELSEN E A TENSÃO ENTRE AS TEORIAS DINÂMICAS E ESTÁTICAS DA JUSTIÇA

> Mas o que significa, de fato, dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula o comportamento dos homens de modo satisfatório a todos os homens, quer dizer, de modo que todos encontrem nela sua felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio humano por felicidade. É a felicidade que o homem não consegue encontrar sozinho, como indivíduo isolado, e que então procura na sociedade. É a felicidade assegurada por uma ordem social (Kelsen, 1957: 2).

A INTERAÇÃO DE JUSTIÇA, FELICIDADE E AUTENTICIDADE

Kelsen sugere que a base de nossas lutas para alcançar uma sociedade justa é o desejo de ser feliz. A sociedade justa seria aquela em que os seres humanos seriam felizes[1].

A fórmula é enganadoramente simples; contudo, coloca novas questões que ameaçam transformar o problema num emaranhado de diferentes perspectivas. Dá origem a outra questão, a saber, "O que é felicidade?" (Kelsen, 1957: 2).

Kelsen pressupõe um conceito qualitativo de felicidade social e humana; uma ordem social justa deve implicar "felicidade num sentido objetivo-coletivo, ou seja, por felicidade devemos entender a satisfação de certas necessidades tidas (...) como necessidades dignas de ser satisfeitas" (*ibid.*: 3). A justiça ao mesmo tempo estrutura e medeia uma forma de existência social em que o desejo individual de felicidade deve defrontar-se com sua inevitável existência social.

Como podemos classificar os interesses humanos? Os filósofos têm não apenas divergido sobre a essência da natureza humana, como também discordado em sua

---

1. A filosofia do direito não pode deixar de levar em conta a justiça, pois a justiça é – em termos ideais – a força maior do direito. Contudo, e se não tivermos como conhecer a justiça? A justiça parece ser uma idéia sobrecarregada. Às vezes é reduzida a uma questão de técnica: colocam-na, assim, como o problema de saber o que vai orientar as técnicas de construção da ordem social. Em outros momentos, surge como um problema de legitimidade ou, dito de outra forma, como uma resposta à questão de saber o que poderá fornecer uma estrutura racional para se julgar a adequação da regulamentação das relações humanas.

interpretação da virtude e do vício, das fontes da moralidade e dos respectivos papéis da razão e da emoção. Desde os tempos em que Aristóteles tentava estabelecer a distinção entre a vida moral e aquela do sucesso nas técnicas de produção, temos testemunhado – ainda que em inúmeras variações – a recusa em reduzir a questão da vida venturosa a questões de utilidade, conveniência, instrumentalismo ou interesse pessoal calculista. Essa preocupação – mais existencial – procura a justiça como meio de lidar com o medo e a esperança, o desejo e a aversão, a transcendência e a lealdade; acima de tudo, *procura a justiça a fim de poder viver da maneira apropriada*. Porém, repetindo o que já dissemos, isso não responde à nossa pergunta, pois como podemos nós, modernos – nós, criaturas de múltiplas perspectivas e transformações radicais –, admitir que qualquer forma específica de estruturação social é *a maneira apropriada de organizar as relações sociais*?

A idéia de alcançar a sociedade justa é profundamente problemática para a modernidade. Por um lado, hoje nos damos conta de que nossa existência social é uma criação humana e, por decorrência, que devemos ser capazes de criar uma estrutura social sensível a nossos desejos e necessidades. Por outro lado, enquanto modernos conscientes da inevitabilidade da contingência, percebemos que qualquer forma particular de estrutura social poderia ter sido uma outra coisa, e pode transformar-se em algo mais.

Em termos nietzschianos, uma concepção estabelecida de justiça é difícil para o homem moderno porque ele "sabe" demais e – em decorrência disso –, em sua busca da verdade, se vê às voltas com o pluralismo e o perspectivismo ou, numa só palavra, com o pragmatismo. Vivemos numa época histórica que conhece a inevitabilidade da mudança sobre a estabilidade. *Sejam quais forem suas teorias de justiça, a modernidade tardia está condenada a ter uma justiça dinâmica, e não estática.*

KELSEN E A DEFESA DA JUSTIÇA DINÂMICA EM OPOSIÇÃO ÀS TRADIÇÕES DE JUSTIÇA ESTÁTICA

Kelsen (1957: cap. 1) percebeu que o compromisso com a ciência significava que tínhamos de rejeitar as concepções estáticas de justiça que até então haviam vigorado.

(1) A primeira delas foi o entendimento de que a justiça consistia em viver de acordo com a verdadeira estrutura do modo de ser natural do mundo. Com o advento da modernidade, percebemos que não havia um único modo de vida. Que foi feito da idéia da sociedade perfeitamente justa? Kelsen foi contundente:

> A justiça absoluta é um ideal irracional ou, o que vem a dar no mesmo, uma ilusão – uma das eternas ilusões da humanidade.

Não há consenso natural quanto aos bens da vida humana: ficamos à mercê dos interesses humanos e, portanto, de conflitos de interesses. A solução desses conflitos deve envolver ou a satisfação de um à custa de outro, ou a solução conciliatória. Não é possível provar que somente uma ou outra solução da ordenação humana é justa.

A resposta é relativa; em determinadas condições, uma solução é justa; em outras é preciso buscar uma outra.

(2) A idéia de viver num estado de amor com Deus forneceu uma segunda concepção de justiça e felicidade verdadeiras. Esta apela a nosso desejo de transcendência, a nossa vontade de fugir à vilania e ao sofrimento de nossa existência empírica, à nossa solidão. Essa resposta, porém, fundamenta-se na fé:

> A sabedoria de Deus – que implica a sua justiça – é um mistério; e a fé, nada além da fé, permite que possamos desfrutar dessa justiça (*ibid.*: 80).

A cristandade não oferece resposta à busca moderna de justiça, uma vez que não há nenhum critério de vida neste mundo que se possa manter sem o recurso a imagens do outro reino. Tampouco a busca do amor, conforme o indica o ensinamento de Jesus, pode resolver o problema, uma vez que a promessa do amor, assim como a promessa do marxismo, é a de que podemos alcançar um estado que nos colocará para além da justiça, para além de qualquer ideal racional.

> O ensinamento de Jesus não é a solução do problema de justiça enquanto problema de uma técnica social para a regulamentação das relações humanas; trata-se, antes, da dissolução do problema, uma vez que implica o requisito de abandonar o desejo de justiça da maneira como o homem o concebe (*ibid.*: 45).

(3) Uma terceira concepção é alcançável, porém pouco inspiradora; trata-se simplesmente de viver de acordo com as leis da sociedade. Kelsen sugere que o princípio "comporta-te em conformidade com as normas gerais da ordem social", e o princípio semelhante ao imperativo categórico kantiano (Age sempre segundo uma máxima tal que possas querer, ao mesmo tempo, que ela possa tornar-se uma lei universal) são, em última análise, fórmulas vazias. Eles não têm conteúdo social e, portanto, não oferecem nenhuma resposta à questão da natureza dos princípios que desejaríamos que fossem obrigatórios a toda a humanidade. Contudo, é exatamente esse vazio que os torna ideologicamente úteis, e Kelsen sugere que freqüentemente – ainda que de forma equivocada – serão aceitos como respostas satisfatórias ao problema da justiça.

Em última análise, sugere Kelsen, jamais chegaremos a uma posição consensual sobre um conceito de justiça, e menos ainda sobre a estrutura da sociedade justa. Em *Pure Theory of Law* (capítulo 12 deste livro), Kelsen desenvolve uma ciência formal-racional do direito em sentido neoweberiano; todavia, não se pode lidar desse modo com o conceito de justiça. Não pode haver uma ciência formal da justiça, uma vez que, se uma teoria da justiça fosse logicamente criada, teria por base premissas emocionais[2]. Não é possível identificar, de maneira científica, os valores supremos que

2. Kelsen afirma que o conteúdo da justiça não é susceptível de determinação racional. Como exemplo, ele apresenta o seguinte cenário. Certas convicções éticas sustentam que a vida humana é o valor supremo;

uma ordem justa da vida social deveria tentar promover (1960: 5-6). Uma pessoa pode ver o avanço da autonomia individual como o objetivo mais importante da ordenação jurídica; outra pode argumentar que os legisladores devem promover o objetivo da igualdade; outra, ainda, pode afirmar que a segurança é o interesse fundamental e mostrar-se disposta a sacrificar a igualdade e a liberdade pela realização plena desse valor.

Vemo-nos, portanto, diante de um pluralismo insolúvel de ideologias. Se a estrutura do legalismo incorporar um conjunto de ideologias dominantes, vai parecer injusto quando visto a partir de outra perspectiva. Para ser justa, a estrutura do legalismo precisa acomodar o perspectivismo e admitir que a existência social moderna implica a convivência de diferentes posições emotivas e narrativas. A solução dada por Kelsen à esse dilema consiste em afirmar que o legalismo é uma técnica social que precisamos compreender e despojar de seu misticismo. Se o mundo é incognoscível – e assim o é em última instância –, os métodos através dos quais construímos pragmaticamente nossa existência social não devem sê-lo. Porém, enquanto Kelsen compartilhava o pessimismo de Weber quanto à defesa racional de questões substantivas, outros buscaram casar o direito com uma concepção relativamente dinâmica de justiça.

II. LON FULLER (1902-1978) E A IDÉIA DE UMA JUSTA METODOLOGIA DO LEGALISMO

> O direito (...) é um empreendimento que tem propósito consciente e depende, para seu sucesso, da energia, intuição, inteligência e consciência daqueles que o conduzem, e condenado, devido a essa dependência, a estar sempre um pouco aquém da plena concretização de seus objetivos (Lon Fuller, 1969: 145).

FULLER E A TENTATIVA DE FAZER UMA EXPOSIÇÃO FINALÍSTICA DA LEGALIDADE

Escrevendo entre 1940 (com a publicação de *The Law in Quest of Itself*) e 1981, ano da publicação póstuma de *The Principles of Social Order*, Lon Fuller criou uma forma secular de direito natural que definia o direito como uma atividade humana dotada de propósito consciente. Fuller acusava o positivismo jurídico de vários defeitos; mais especificamente, seus adeptos

(i) não conseguiam explicar o modo como estruturavam questões importantes e não refletiam sobre suas próprias posições[3];

(ii) tentavam freqüentemente dar respostas jurídicas concisas a questões que eram, essencialmente, questões de fato sociológicas[4];

(iii) entendiam, equivocadamente, que o estudo do direito implicava, em primeiro lugar, a descrição de um "fato manifesto a ser estudado pelo que é e faz, e não pelo que está tentando fazer ou tornar-se"; em segundo lugar, perdiam-se em evasivas conceituais, cada vez mais distantes da realidade social, ou colocavam como enfoque principal um método de esclarecimento da fala e da escrita (especificamente, a análise lingüística do modo como a temos, por exemplo, em *The Concept of Law*, de H. L. A. Hart) que "devia ser visto [apenas] como um complemento útil do pensamento filosófico"; e, acima de tudo,

(iv) recusavam-se a atribuir ao direito qualquer objetivo, por mais modesto e restrito. Por estarem exclusivamente preocupados em descrever o direito como este era, acreditavam que nada podiam dizer, em termos científicos, sobre como deveria ser o direito[5].

segundo tal concepção, portanto, é proibido matar um ser humano inclusive no contexto da guerra, ou como medida para se reparar uma grave agressão. Há, porém, uma concepção oposta que afirma que o valor supremo é o interesse e a honra de uma nação, e que todos são obrigados a sacrificar sua própria vida e matar outros seres humanos em tempo de guerra; essa concepção também justifica, em nome do interesse coletivo, que se aplique a pena de morte como sanção a certos tipos de conduta criminosa. Para Kelsen, é impossível decidir esse conflito – o da justiça de se matar outros seres humanos – de maneira científica. Em última análise, o que vai levar a uma decisão são nossos sentimentos, nossas emoções e nossa vontade.

3. Em seu pós-escrito (1969: 242), Fuller afirma que a filosofia da ciência passara por uma reorientação "marcada por uma mudança de interesse que a afastou da conceitualização e da análise lógica da verificação científica e a aproximou do estudo dos processos reais que levam às descobertas científicas. Com o tempo, talvez, os filósofos do direito deixem de se ocupar da criação de "modelos conceituais" que representem os fenômenos legais, desistam de seus intermináveis debates sobre as definições e se voltem, em vez disso, para uma análise dos processos sociais que constituem a realidade do direito".

4. Como Fuller comentou (1969: 141) a propósito da discussão de Hart sobre a regra de reconhecimento em *O conceito de direito*, "[Hart] está o tempo todo tentando, com a ajuda dessa regra, dar respostas jurídicas claras a questões que são, essencialmente, questões de fato sociológicas".

5. Em *The Law in Quest of Itself* (1940: 5), Fuller define o positivismo jurídico como uma concepção extremamente limitada do legalismo: "Em geral se verá que sua base não declarada repousa sobre a convicção de que, embora se possa descrever de modo significativo o direito *que é*, nada que transcenda a predileção pessoal pode ser dito sobre o direito que *deveria ser*." Em parte, Fuller exagera na descrição do caso. Como vimos, para os primeiros positivistas Bentham e Austin, o direito devia ser um instrumento de governo racional. Todavia, o positivismo jurídico vê o próprio direito como um recipiente vazio que é provido – pela política, pela moralidade – de um conteúdo substantivo conquanto não tenha, em sua forma pura, nenhuma substância política ou moral necessária. Fuller afirmava que a teoria de Kelsen apresentava o direito como algo "profundamente indiferente à ética", e o cientista jurídico como alguém proibido de discutir o conteúdo do direito (1940: 91). Para Fuller, o direito é uma atividade social moral. Ele tenta redefinir as verdadeiras origens do positivismo jurídico; assim, Hobbes usou certos princípios normativos do "direito natural" e especificou a preservação de um mínimo de paz e ordem como o objetivo fundamental da ordem jurídica. Fuller afirmava que a tradição do positivismo jurídico terminou por esquecer a justificação finalística do direito inerente à filosofia civil de Hobbes.

Para Fuller, o direito é um método ético de se criar e assegurar uma forma para as relações sociais. As regras jurídicas são expressivas: cada regra contém um objetivo voltado para a concretização de algum valor da ordem jurídica, e desse modo uma regra é "ao mesmo tempo um fato e um critério para a avaliação dos fatos" (1954: 470). Poderá Fuller propor uma concepção do objetivo geral da vida social? Como liberal, ele não pode buscar, no passado, ideologias de direito natural que ofereçam um *télos* estável à vida humana segundo a tradição platônica ou aristotélica; como se poderá, então, oferecer um critério que nos guie na criação de nossa vida social? Em resposta, Fuller adota uma concepção de potencialidade dinâmica enquanto transpõe a idéia de objetivo para um alto nível de generalidade. Em *The Morality of Law* (1969), a distinção crucial se dá entre as moralidades do *dever* e da *aspiração*. A moralidade da aspiração, ou "a moralidade do bem-viver, da excelência, da mais plena realização das potencialidades humanas", fala a uma sociedade em que os seres humanos lutam por atuar da melhor maneira possível. Todavia, enquanto a moralidade da aspiração nos alerta para as possibilidades de realização humana, a moralidade do dever nos guia no que temos de mais básico:

> Estipula as regras básicas sem as quais uma sociedade organizada é impossível, ou sem as quais uma sociedade organizada e voltada para certos fins específicos deve errar o alvo (...). Não condena os homens por perderem as oportunidades da mais plena realização de seu potencial. Em vez disso, condena-os por não respeitarem as exigências fundamentais da vida social (1969: 5-6).

A natureza não nos predispõe a um destino específico; oferece, ao contrário, um número infinito de jogos nos quais predomina o acaso; o sistema jurídico é um complexo de regras criadas para resgatar os seres humanos da contingência e colocá-los, com segurança, no caminho da atividade intencional e criadora. Não podemos, porém, obrigar um homem a levar uma vida de razão e valor.

> Podemos apenas procurar excluir de sua vida as manifestações mais grosseiras e óbvias do acaso e da irracionalidade. Podemos criar as condições essenciais a uma existência humana racional. São estas as condições necessárias, mas não suficientes, à realização de tal fim (*ibid.*: 9).

Em busca de excelência, empenhamo-nos em criar condições de progresso social que possam superar a mera adesão ao dever e ascender às alturas das aspirações humanas. O direito é um instrumento que vem em nosso auxílio, mas não sabemos, nem podemos saber com exatidão, para onde nossa jornada está nos levando, ou que formas assumiria a sociedade que lutamos por criar. Conquanto possamos emitir juízos durante o caminho, oferecer sonhos e infinitas formas de articulação de nossos desejos e esperanças, não podemos ter uma idéia consumada do resultado final. Porém, argumenta Fuller, a aceitação de que não podemos ter conhecimento da totalidade não nos condena à incoerência ou a uma postura meramente emocional: "Podemos saber o que é claramente injusto mesmo que não tenhamos condições de declarar, de modo cabal, como seria a justiça perfeita" (*ibid.*: 12).

Não há, porém, respostas simples. A excelência é instrumental, normativa ou expressiva? Fuller parece dizer que pode ser as três coisas, ainda que com diferentes graus de intensidade. Além do mais, uma parte da luta pela excelência consiste em superar a alienação, fazer de nossas práticas uma reflexão expressiva sobre nossa humanidade. Assim com o progresso social, assim também com a legalidade: Fuller conceitua uma "versão processual do direito natural" que chama de "moralidade interna do direito", ou uma teoria da *Eunômia* (Fuller, 1954: 477-8, já havia definido esse termo como "a teoria ou o estudo da ordem e das disposições exeqüíveis"). Para compreender a legalidade, precisamos "discernir e articular as leis naturais de um tipo específico de realização humana (...),'a operação de submeter a conduta humana ao governo das regras'". O direito natural tradicional não pode ser aceito pelos modernos, pois em vez de pensar em termos de fins ou *télos* fundamentais para a vida humana (que foi concebida e então imposta através da proposta de uma organização social que seria criada e mantida pelo direito), a teoria jurídica/eunômia deveria examinar e determinar um entendimento dos meios aos quais a ordem jurídica deve recorrer para permitir a ocorrência de um certo tipo de florescimento humano[6]. Como nossa preocupação se volta para o funcionamento e a estrutura internos do processo legal, as leis naturais da legalidade não são as velhas leis naturais de Deus e do homem – na verdade, assemelham-se mais às "leis naturais da carpintaria, ou pelo menos às leis respeitadas por um carpinteiro que deseja que a casa por ele construída não desmorone e sirva aos objetivos dos que nela vivem" (1969: 96).

Numa série de artigos ("The Forms and Limits of Adjudication", 1961; "The Adversary System", 1961; "Collective Bargaining and the Arbitrator", 1963; "Mediation – Its Forms and Functions", 1971), Fuller distinguiu entre legalidade e formas de tomada de decisão essencialmente administrativas ou burocráticas. A legalidade é uma forma de tomada de decisões por referência a regras e princípios estabelecidos; além disso, ao voltar os olhos para o *common law* clássico, Fuller identifica a posição central da *integridade*. A legalidade não é simples questão de técnica; o direito não é conquista instrumental de certos fins, mas sim um fenômeno expressivo. A integridade garante os processos empregados pelo direito para assumir forma e caráter[7].

---

6. Em *The Problems of Jurisprudence* (1949), uma coletânea de textos sobre filosofia do direito publicada por Fuller, ele argumenta que a legitimidade da prestação jurisdicional provinha da força moral específica inerente às decisões de um tribunal imparcial. Certas condições eram necessárias: por exemplo, o juiz não devia agir por iniciativa própria, mas por solicitação de um dos litigantes, ou de ambos; o juiz devia decidir o caso exclusivamente com base nos indícios e argumentos que as partes lhe apresentassem; cada parte em um litígio deveria ter ampla oportunidade de apresentar suas alegações. Essas exigências constituem uma moralidade interna dos julgamentos.

7. Fuller especifica que, com o emprego do termo "processual", "estamos preocupados não com os objetivos substantivos das regras jurídicas, mas com o modo como um sistema de regras destinadas a reger a conduta humana deve ser criado e administrado caso se pretenda que seja eficaz e, ao mesmo tempo, continue sendo o que se propõe a ser" (1969: 97).

A MORALIDADE INTERNA ESPECÍFICA DO DIREITO

No capítulo 2 de *The Morality of Law* [A moralidade que torna o direito possível], Fuller conta a história de um rei inepto que aplica as leis de diferentes maneiras, cada qual com um efeito desastroso. A moral da história é que um legislador deve se ater a certas "excelências" processuais: cada vez que ele deixa de fazê-lo, prejudica a eficácia do direito. Essa "moralidade de regras" é uma "moralidade interna" em contraste com uma "moralidade externa" alcançada nas leis substantivas. É uma moralidade de "aspiração", não de dever.

A legisferação é um processo interativo, e a incapacidade de o legislador chegar a uma moralidade processual vai resultar em que o sistema deixará de operar de acordo com os preceitos da legalidade. Fuller relaciona diversas "excelências" destinadas a ajustar-se a esse direito natural da legalidade[8]. As leis devem ser:

1. suficientemente gerais;
2. publicamente elaboradas;
3. prospectivas;
4. compreensíveis;
5. não contraditórias;
6. razoavelmente constantes;
7. possíveis quanto ao desempenho; e
8. administradas por autoridades de acordo com seu conteúdo, e deve haver congruência entre ação oficial e regra declarada.

Quais as implicações dessas exigências?

1. Primeiro, deve haver regras. Um observador deve ser capaz de identificar uma certa regularidade de comportamento dentro do processo legal e de presumir que essas regularidades não se devem meramente ao acaso, mas têm a ver com reflexões, por parte dos participantes do processo, sobre o que deve ser feito.
2. Segundo, essas regras não devem ser operacionalmente retroativas. Devem estar sempre disponíveis ao público, para orientar suas ações, e as pessoas não devem ser pegas de surpresa pelas exigências de uma regra formulada depois do evento a ser julgado.
3. Terceiro, devem ser do conhecimento público. Essas regras precisam ser dadas a conhecer de um modo e dentro de um período de tempo que permitam que as pessoas conheçam sua existência e possam ajustar sua conduta às determinações vigentes.

8. Fuller não afirma ter chegado a esses oito princípios orgânicos a partir de algum ponto de referência seguro; eles procedem, antes, da prática judicial regular ou de disposições explícitas contidas em fontes convencionais de direito.

4. Devem ser abrangentes. Em outras palavras, devem ser apresentadas de modo que permitam que aqueles aos quais se dirigem tenham a oportunidade de compreender o que é que não devem fazer.
5. Não devem contradizer-se mutuamente.
6. Deve ser possível cumprir as regras. Estas não devem ser formuladas de modo que se contradigam mutuamente, criando uma situação em que o sujeito não possa deixar de infringir a regra, e tampouco devem exigir que as pessoas façam coisas impossíveis.
7. Devem ter uma certa permanência. Não devem mudar tão rapidamente que seja impossível coordenar um modo de conduta que permita a alguém agir de acordo com a norma jurídica.
8. Devem ser aplicadas com coerência e correção. Não basta ter uma estrutura lógica de regras se, na prática, os processos de julgamento ou interpretação forem incompreensíveis, ou tão difíceis de seguir que a criação das regras não resulte em vantagem alguma; as regras também não devem ser ignoradas na prática. Devemos reduzir o abismo entre lei declarada e lei efetivamente administrada.

Uma vez que Fuller definiu o direito como o empreendimento mediante o qual o comportamento humano se sujeita ao domínio das regras, fica claro que as leis criadas em conformidade com todos esses princípios não precisam ter nenhum conteúdo moral substantivo. Em sua resenha de *The Morality of Law*, H. L. A. Hart (*Harvard Law Review*, 1965) afirmou que remeter à moralidade como parte desse processo era confundir moralidade com atividade finalística. Conquanto aceitasse os oito princípios e neles encontrasse o reflexo de uma "louvável arte", Hart considerava-os destituídos de valor intrínseco; não passavam de princípios que enfatizavam a eficiência do direito enquanto empreendimento dotado de um propósito, e não forneciam fundamentos que assegurassem a possibilidade de se chegar a sentenças terminativas a propósito de atividades e intenções. Os princípios de Fuller eram neutros porque, entre os "objetivos substantivos bons e nocivos" do direito, não garantiam o progresso das finalidades de "justiça e bem-estar humanos"; nem mesmo estabeleciam "nenhuma incompatibilidade necessária entre governar de acordo com princípios de legalidade e objetivos iníquos". Numa famosa analogia, Hart afirmou que se aplicariam igualmente bem ao envenenamento: "O envenenamento é uma arte, também tem um objetivo, mas não se pode considerá-lo moral."

Fuller considerava os comentários de Hart praticamente incompreensíveis. Em sua opinião, Hart se mostrava cego à luta existencial dos profissionais de direito. Voltando os olhos para o passado, para o desenvolvimento e operação do *common law* anglo-americano, Fuller afirmava que os advogados compreendiam a necessidade de integridade no direito; em seu trabalho, eles conferem significado moral à legalidade. Fuller reconhece que Hart talvez estivesse argumentando que um sistema jurí-

dico poderia ter uma existência bastante eficaz sem as "excelências"[9]; e, conquanto admitisse esse ponto, em certa medida ele contra-argumentava ao afirmar que, embora um sistema jurídico que fizesse pouco de todas essas "excelências" pudesse continuar existindo por algum tempo, não poderia durar eternamente. Na verdade, Fuller acredita que o mal e as más instituições são intrinsecamente menos coerentes do que o bem e as boas instituições. Sua teoria enfatiza a importância da institucionalização; a institucionalização coerente e baseada em princípios da legalidade.

> Em termos gerais, o que falta nessas exposições [críticas à posição de Fuller] é o reconhecimento do papel que as regras jurídicas desempenham ao possibilitarem uma consumação efetiva da moralidade no real comportamento dos seres humanos. Os princípios morais não podem funcionar num vácuo social, nem numa guerra de todos contra todos. Viver bem requer algo além de boas intenções, mesmo quando compartilhadas por todos; requer o apoio de sólidas linhas básicas de interação humana, algo que – pelo menos na sociedade moderna – só pode ser oferecido por um sistema jurídico bem fundado (1969: 205).

Para Joseph Raz (1970), filósofo do direito de Oxford, o valor da teoria restringia-se à tarefa negativa de evitar males que, de qualquer maneira, só poderiam ter sido causados pelas leis. Porém, nem Raz nem Hart compartilham os pressupostos de Hart. Os críticos querem, de Fuller, uma clara e categórica afirmação da relação entre o direito e as finalidades substantivas da moralidade e do florescimento humanos.

A COMUNICAÇÃO COMO PRINCÍPIO-CHAVE A SER ASSEGURADO PELA LEGALIDADE LIBERAL

Na verdade, Fuller desenvolveu uma síntese liberal de direito e progresso social que adota uma abordagem agnóstica da questão de quais são os fins do homem; enquanto prosseguimos em nossa viagem da modernidade, não temos como conhecer o último capítulo. O objetivo é a excelência, nossas iniciativas lutam por obtê-la, mas o que isso contém em termos gerais está além de nosso conhecimento. Ao contrário, devemos deixar abertos os canais de "comunicação". Nossa tarefa não consiste em alinhar o direito a alguma uniformidade natural que se perceba na humanidade, mas sim em alinhá-la à busca contínua de aperfeiçoamento social. O positivismo causa seu próprio fracasso, uma vez que, conquanto possa recusar-se a atribuir ao direito como um todo qualquer fim social, em nossas vidas estamos constantemente atribuindo significados ao direito. Se o pensamento jurídico recusar-se a dar uma finalidade ao direito e à legalidade, ideologias e grupos poderosos encontrarão finalidades que não estão de acordo com as devidas aspirações da justiça. O critério hartiano da necessidade de sobrevivência como o fundamento ao redor do qual se ergue o conteúdo mínimo do direito natural (1961: capítulo ix), por exemplo, destrói-se a si próprio ao se colocarem certas questões: Por que fazer qualquer coisa? Por que correr qualquer risco? Fuller abomina essa imagem limitada da vida social; em vez disso, volta-se para uma concepção liberal moderna – aquela da comunicação em si:

> A comunicação é algo além de um meio de permanecer vivo. É um modo de permanecer vivo. É através da comunicação que herdamos as conquistas de todo o empenho humano do passado. A possibilidade de comunicação pode nos reconciliar com a idéia da morte ao nos assegurar que nossas conquistas vão enriquecer a vida dos que ainda estão por vir. O como e o quando estabelecemos comunicação entre nós podem expandir ou contrair as fronteiras da própria vida. Nas palavras de Wittgensein: "Os limites de minha linguagem são os limites de meu mundo."

A proposta de Fuller de um núcleo de direito natural substantivo equivale a uma injunção:

> Abrir, manter e preservar a integridade dos canais de comunicação por meio dos quais os homens transmitem uns aos outros aquilo que percebem, sentem e desejam (ambas as citações de 1969: 186).

O direito era um meio expressivo que não tinha por tarefa básica assegurar a estabilidade, a ordem e o dever, mas sim a criação de uma ordem social em que a comunicação e a livre interação social pudessem ocorrer. Fuller continuou convencido de que uma ordem jurídica que estivesse à altura de sua moralidade interna do direito seria, em termos gerais, essencialmente íntegra e justa em seu conteúdo substantivo. Para seus críticos, isso era exageradamente otimista e, tendo em vista a falta de afirmação das finalidades substantivas do florescimento humano, era também incompleto[10]. Contudo, se Fuller deixou em aberto o significado substantivo da justiça, questões políticas muito práticas da modernidade tardia – enfatizadas pelas exigências concretas de justiça social por parte de legiões de pessoas depois de duas guerras mundiais – viriam a empurrar a teoria jurídica para muito perto dos debates sobre uma filosofia política (re)distributiva.

9. Uma crítica ao jusnaturalismo processual de Fuller foi colocada em forma de pergunta: "Quantas excelências um sistema jurídico precisa ignorar para que tal 'sistema' deixe de ser um sistema?"

10. Para Finnis (1980), Fuller não apresenta critérios não-processuais para se avaliar os objetivos finalísticos que poderiam conferir uma sólida legitimidade ao estado de direito. Finnis concorda que o direito deve ser visto como uma atividade finalística, mas também afirma que, para compreender essas intenções, precisamos criar uma teoria naturalista da moral que especifique os bens e valores humanos que seriam promovidos pelo estado de direito. Portanto, diz Finnis, a tarefa que Fuller identifica plenamente, mas não leva adiante, consiste em inscrever os princípios da moralidade interna do direito em alguma relação racionalmente coerente com uma concepção ética e plenamente desenvolvida da natureza humana e com seus bens e valores essenciais.

III. JOHN RAWLS E UMA TEORIA DA JUSTIÇA[11]

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que possa ser, uma teoria deve ser rejeitada ou revista se for falsa; da mesma forma, por mais eficientes e bem-ordenadas que sejam as leis e instituições, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. (...) A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; analogamente, uma injustiça só será tolerável quando for necessário evitar uma injustiça ainda maior. Por serem virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são intransigentes (1971: 3-4).

RAWLS COLOCA A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE NO PRIMEIRO PLANO DA VIDA SOCIAL MODERNA

O teórico político norte-americano John Rawls inicia sua obra extremamente influente, *A Theory of Justice* [Uma teoria da justiça] (1971) com o argumento de que as disposições sociais da modernidade exigem a legitimidade. Ainda que as disposições de uma sociedade sejam eficientes e perfeitamente lógicas do ponto de vista de sua sistematização, tal sociedade não expressa satisfatoriamente as aspirações humanas, a menos que possamos defender a justiça inerente a suas instituições. Além disso, "o indivíduo só é completo na união social". Uma existência plenamente satisfatória requer justiça[12]. Coloca-se, porém, um problema óbvio: como poderemos saber se as disposições de qualquer ordenação social específica são justas ou injustas? Os antecessores intelectuais de Rawls são Kant (que introduz, entre outras coisas, a idéia da primazia do justo (*right*) sobre o bem (*good*) e a idéia reguladora do contrato social) e John Stuart Mill (que introduz o espírito de tolerância).

11. John Rawls nasceu em 1921 em Baltimore, Estados Unidos*, e ensinou filosofia na Universidade de Harvard por mais de trinta anos. Nos últimos tempos, causou enorme impacto sobre o pensamento político e jurídico através de uma série de artigos e, em particular, de *A Theory of Justice* (Rawls, 1971). Esse livro foi rapidamente aclamado como obra magistral que desenvolvia "um novo paradigma liberal". Esse paradigma "deontológico" ou "baseado nos direitos" enfraquece a ascendência do utilitarismo nas teorias anglo-saxônicas, e em geral se aceita que a crítica do liberalismo – tanto do direito libertário e anarquista quanto dos comunitaristas – deve passar por Rawls.

12. "É um traço da sociabilidade humana que somos sós, porém partes do que poderíamos ser. Devemos contar com os outros para obter as excelências que precisamos deixar de lado ou deixar totalmente de ter. A atividade coletiva da sociedade, as muitas associações e a vida pública da comunidade mais ampla que as regula sustentam nossos esforços e suscitam nossa contribuição. Ainda assim, o bem extraído da cultura comum excede em muito nosso trabalho, no sentido de que deixamos de ser meros fragmentos: aquela parte de nós mesmos que percebemos, inequivocamente, estar ligada a uma disposição mais ampla e justa cujos objetivos afirmamos" (1971: 529).

* Rawls faleceu em 24 de novembro de 2002. (N. do T.)

A metodologia de Rawls é simples. Ele (i) afirma a primazia da justiça na ordem social[13]; (ii) aponta os dados que comprovam a existência de um certo grau de interesse pessoal comum entre as pessoas que constituem uma sociedade (sobrevivência), bem como de conflitos de interesses; assim, para permitir a ocorrência de uma ordem social estável, (iii) requer-se um conjunto de princípios que nos permita escolher entre as diferentes disposições sociais e subscrever qualquer disposição tendo em vista a distribuição dos bens sociais; portanto,

> (...) uma sociedade é bem-ordenada quando não se destina apenas a promover o bem de seus membros, mas também é efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Em outras palavras, uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça e (2) na qual as instituições sociais básicas geralmente satisfazem e são geralmente conhecidas por satisfazerem esses princípios. Nesse caso, embora os homens possam impor exigências excessivas uns aos outros, eles não obstante reconhecem um ponto de vista comum a partir do qual suas reivindicações podem ser julgadas (*ibid.*: 4-5).

Embora haja uma multiplicidade de percepções e teorias da justiça, Rawls acredita (seguindo a distinção proposta por Hart em *O conceito de direito*, 1961: 155-9, entre conceitos particulares de justiça e o conceito de justiça[14]) que o fato mesmo das divergências e dos argumentos sobre a justiça apontam para o compromisso da humanidade com a busca de justiça. Alguma escolha "política" – como Rawls (1992) viria mais tarde a defini-la – deve ser feita. *Rawls coloca o justo acima do bem* – Kant vence Bentham:

> Toda pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode anular. A justiça nega que, para alguns, a perda da liberdade se torne justa devido a um maior bem compartilhado pelos outros (...); numa sociedade justa, as liberdades da igual cidadania são consideradas firmes; os direitos assegurados pela justiça não são sujeitos a barganhas políticas nem ao cálculo dos interesses sociais (1971: 4).

Rawls não é um neokantista dogmático; seu objetivo é o de oferecer uma teoria razoável que contenha um conjunto básico de princípios com os quais possamos

13. Os pressupostos não podem ser evitados, e o principal pressuposto de Rawls é o de que somente uma teoria da justiça baseada em direitos, que respeite nossos desejos de igual respeito e reconhecimento racional, harmoniza-se com nossas concepções liberais. Além disso, Rawls admite (1971: 563) que uma concepção da "unidade essencial do eu já é um dado presente no conceito de direito". O pressuposto de um eu racional e unificado constitui, portanto, a base metodológica.

14. Outro modo de reformular essa idéia é dizer que *a justiça é um conceito intrinsecamente contestável*; que, incorporada ao conceito de justiça, encontra-se a impossibilidade de qualquer conceito determinar o fim da discussão relativa ao significado da justiça.

obter consenso no debate sobre a justiça[15]. Esses princípios levam em consideração algumas desigualdades e mudanças no equilíbrio razoável entre igualdade e eficiência. Rawls busca a imparcialidade, mas sua busca não se volta para um ponto arquimediano intelectualizado que transcenda a caverna de nossa vida cotidiana; ao contrário, depende da aceitação por nossas intuições usuais[16].

COMO BASE DA CONCORDÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA, RAWLS SUBSTITUI O MODELO UTILITARISTA DO ESPECTADOR IDEAL PELA IDÉIA DE CONCORDÂNCIA EM SUJEITAR-SE A DECISÕES TOMADAS POR TRÁS DE UM VÉU DE IGNORÂNCIA

Rawls constrói um experimento mental no qual somos instados a imaginar que nos reunimos para criar um contrato social que inclua os princípios que nos mantêm unidos na vida real. Ele pede que nos imaginemos escolhendo princípios para determinar o princípio de justiça de nossa sociedade a partir de uma posição original situada por trás de um *véu de ignorância*. O objetivo da posição original é o de "anular os efeitos de contingências específicas que levam os homens à desavença e os incitam a explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefício próprio"[17]. As partes nada sabem sobre si próprias ou sobre sua sociedade; cada uma desconhece seu gênero, sua raça, inteligência ou classe etc. As partes:

> (...) não sabem como as diferentes alternativas vão afetar seu próprio caso particular, e são obrigadas a avaliar princípios exclusivamente com base em considerações gerais; (...) cada um tampouco sabe qual é seu destino na distribuição de recursos e aptidões naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. Da mesma forma, ninguém sabe qual é sua concepção do bem.

15. Devemos nos convencer de que aceitaríamos os princípios que subjazem ao funcionamento da sociedade justa concebida por Rawls "através da reflexão filosófica", e a sociedade bem concebida que daí resultar chegará "o mais próximo possível, para uma sociedade, de um esquema voluntário" (1971: 13).

16. Rawls deixa claro que "precisamos de uma concepção que nos permita vislumbrar de longe nosso objetivo" (1971: 22), mas não podemos abandonar a caverna de nossas tradições; nossa perspectiva "não é uma perspectiva a partir de um lugar além do mundo, nem o ponto de vista de um ser transcendente – ao contrário, trata-se de uma forma de pensamento e sentimento que as pessoas sensatas podem adotar neste mundo" (*ibid.*: 587).

17. "O objetivo da posição original é estabelecer um procedimento imparcial que permita que quaisquer princípios consensuais sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como base teórica" (1971: 136). O objetivo epistemológico também consiste em preservar as vantagens da idéia kantiana da independência e autonomia da pessoa racional, evitando, porém, o desapego às coisas mundanas da metafísica de Kant. A teoria de Rawls não pretende ser comprovada de algum modo racional formal, mas sim apelar a nós enquanto metodologia e princípio de deliberação que respeitam nosso desejo empírico de obter justiça ao mesmo tempo que nos tratamos mutuamente como indivíduos livres e iguais. Desse modo, Rawls estaria apelando a valores cruciais de nossas tradições democráticas – liberdade e igualdade – e oferecendo um modo de inscrevê-los racionalmente numa narrativa flexível de justiça.

Ninguém está de posse dos fatos que poderiam informá-lo sobre o modo como sua vida seria afetada pelos princípios de justiça e pelos processos de tomada de decisões pelos quais optou. Se as pessoas tivessem conhecimento sobre essas coisas e sua posição, provavelmente desenvolveriam princípios que lhes trariam vantagem. Todavia, a metodologia de Rawls concede apenas um conhecimento geral da humanidade; todos sabem que a realidade social conterá contingências particulares, mas não sabem que contingências específicas irão afetá-los[18]. O que, então, irá motivar nossas escolhas por trás do véu de ignorância? Rawls afirma que a escolha decorreria obviamente do interesse pessoal, mas, dado o desconhecimento geral que as pessoas têm sobre si mesmas, o interesse pessoal se converte no interesse de qualquer um. A conseqüência é que os princípios resultantes serão aqueles sobre os quais qualquer pessoa teria voluntariamente concordado.

OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

Rawls (1971: 302) acredita que as pessoas na posição original escolheriam dois princípios. Primeiro, cada pessoa terá um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos. Segundo, as desigualdades sociais e econômicas devem ter uma ordenação tal que (i) resultem no máximo de benefícios aos menos favorecidos e sejam compatíveis com o justo princípio de poupança, e (ii) estejam ligadas a cargos e posições abertos a todos, com uma justa igualdade de oportunidades.

Ao primeiro princípio dá-se precedência operacional, assegurando-se que a liberdade tenha sempre prioridade. "A liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade"; em outras palavras, não é admissível legitimar-se a restrição da liberdade ou da igualdade de oportunidades com o argumento de que tal restrição contribuirá para a melhora das condições dos menos favorecidos. Contudo, solidamente presa a esse princípio encontra-se a proposição análoga de que "todos os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda, riqueza e a base da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer desses bens (ou de todos eles) configure uma vantagem para os menos favorecidos" (*ibid.*: 303-3).

Os que estão por trás desse véu escolheriam a liberdade como seu primeiro princípio, uma vez que, desconhecendo a situação real ou sua própria concepção do bem-viver, isso lhes daria a maior oportunidade de perseguir quaisquer ideais que

18. "Segue-se, portanto, a conseqüência muito importante de que as partes não têm base alguma para barganhar no sentido habitual. Ninguém conhece sua situação na sociedade, nem suas vantagens naturais, razão pela qual ninguém está em condições de acomodar princípios em benefício próprio (...). O véu de ignorância possibilita a escolha unânime de uma concepção particular de justiça. Sem essas limitações do conhecimento, a questão da negociação da posição original ver-se-ia irremediavelmente complicada" (1971: 137-40).

prefiram. Eles escolheriam o segundo princípio porque atuariam com base num "princípio minimax"* por meio do qual prefeririam a opção menos pior caso viessem a encontrar-se no nível mais baixo da sociedade. Por não saberem onde entram na distribuição dos bens sociais, eles serão pessimistas racionais.

Rawls faz uma analogia com as melhores maneiras de se cortar um bolo. Um bolo vai ser compartilhado por várias pessoas, e uma delas será encarregada de cortá-lo. Como o fará? Suponhamos que a pessoa que corta o bolo sabe que ficará com a última fatia; se for egoísta, motivada pelo interesse pessoal (presumimos que adore bolo), cortará as fatias de modo que – conquanto os demais possam receber fatias iguais – a última seja a maior. Contudo, se tal pessoa souber que não ficará com a última fatia, mas com uma das primeiras, é mais do que provável que a última fatia venha a ser a menor. Se nosso cortador for altruísta, ou se realmente não gostar de bolo e souber que vai ficar com o último pedaço, então o mais provável é que a última fatia seja a menor de todas. Como podemos assegurar que cada fatia tenha exatamente o mesmo tamanho? Rawls sugere que a resposta está no fato de o cortador do bolo não ter conhecimento de qual pedaço lhe vai caber; nesse caso, tanto o cortador de bolo totalmente altruísta quanto o cortador de bolo totalmente egoísta irão assegurar que todas as fatias sejam iguais.

Examinemos, por um momento, o que está se passando aqui. Rawls apresenta um procedimento de escolha racional para a tomada de decisões no qual o conhecimento envolvido é crucial para o resultado da decisão. Entretanto, o exemplo reflete uma situação estática: havia apenas um bolo, e de tamanho fixo. Numa sociedade, há diferenças óbvias entre a distribuição de justiça e de um bolo de tamanho fixo. Além do mais, a idéia do bolo carece do grau de complexidade que os bens necessários à vida envolvem; esses bens envolvem questões de *status*, poder, direitos, propriedade etc. Como iremos distribuir tudo isso? Como iremos determinar o valor do que está sendo distribuído? Embora o consumo do bolo possa oferecer um prazer temporário, o consumo de muitos dos bens da vida (o acesso à educação superior, por exemplo) pode levar ao consumo de toda uma série de outros bens da vida (isto é, bens disponibilizados por uma profissão de alto nível). Portanto, concentrar-se apenas em bens primários (como os bolos) resulta numa noção muito frágil de igualdade no contexto de uma sociedade; a flexibilidade deve ser introduzida em tal teoria.

A título de ilustração, tomemos dois padrões de distribuição: "A", compreendendo quatro porções iguais dos valores 4, 4, 4, 4, e "B", compreendendo quatro porções desiguais com os valores de 5, 6, 7, 8. Que considerações de justiça dinâmica são aceitáveis para se julgar a legitimidade desses padrões de distribuição, e de que modo se chegou a eles? Rawls afirma que um princípio que serve para maximizar a porção

* A solução minimax é fundamental para a teoria dos jogos, a abordagem matemática moderna para conflitos de interesse. Em resumo, repousa sobre quatro questões básicas: (1) Qual o mínimo que estou disposto a aceitar? (2) Qual o máximo que posso esperar? (3) Qual o mínimo que posso conceder? (4) Qual o máximo que posso oferecer em troca? (N. do T.)

mínima é preferível à igualdade absoluta, uma vez que, se permitirmos alguma desigualdade, pode dar-se o caso de que a pessoa na pior situação, ainda que num padrão de distribuição desigual, possa na verdade estar em melhor situação do que estaria se todas estivessem numa situação de total igualdade. No padrão de distribuição "B", a pessoa com a porção mínima tem cinco unidades, e não quatro, como no padrão "A", enquanto a unidade geral para distribuição é mais de um terço maior no padrão "B" do que no padrão "A". Alguma desigualdade é aceitável porque a busca dogmática de igualdade pode mostrar-se restritiva para os interesses dos menos favorecidos.

Rawls está tentando equilibrar a necessidade de crescimento de riqueza, com o respeito aos menos favorecidos na sociedade. Embora o objetivo geral da justiça utilitarista consista em maximizar a riqueza social, Rawls considera seus princípios básicos de justiça, baseados também num respeito deontológico pela autonomia, como conforme, à maximização. Mesmo que se crie uma maior riqueza social, um sistema de desigualdade pode ser demasiado extremo para que se possa defendê-lo como socialmente justo. E se o padrão de distribuição fosse, na verdade, 5, 600, 700, 800? Em que ponto dizemos que não podemos mais aceitar a posição do 5 em relação aos bens consideravelmente maiores dos outros? Será no 20, 100 ou 1000? Poderia dar-se o caso de que uma pessoa preferisse viver no padrão em que somente desfrutasse dos benefícios de 4, uma vez que aí desfrutaria de igualdade, ao passo que no outro padrão, ainda que se beneficiasse de um 5, a comparação com os que detêm as maiores porções pudesse tornar-se intolerável; os sentimentos de injustiça podem nos tornar infelizes.

RAWLS E A IDÉIA DE CRESCIMENTO RAZOÁVEL: O EQUILÍBRIO ENTRE DESENVOLVIMENTO E RESPEITO MORAL

Na analogia do bolo proposta por Rawls, os que ajudam a assar o bolo podem escolher entre ficar com tempo livre (liberdade) ou trabalhar no preparo do bolo. O bolo vai variar de tamanho e qualidade de acordo com a quantidade de ingredientes usados e a habilidade e empenho que forem empregados em seu preparo. É preciso, porém, incentivar as pessoas a contribuir com ingredientes e trabalhar com afinco e habilidade; a qualidade e o tamanho do bolo, portanto, vão variar conforme o nível de incentivos. Vemos, assim, que o grau de desigualdade permitido num padrão de distribuição pode afetar a quantidade e a qualidade dos itens para a distribuição; Rawls, contudo, acredita estar oferecendo princípios para um padrão de crescimento dinâmico e socialmente justo ao dar prioridade absoluta à liberdade. Nenhuma pessoa sensata vai arriscar sua liberdade em nome de uma prosperidade da qual só os outros possam desfrutar.

Por outro lado, pode haver espaço para algum ceticismo. Embora a maior parte dos críticos comunitaristas tenham enfocado as concepções de Rawls sobre a uni-

dade do eu, sobre a primazia do justo sobre o bem e o fato de que isso implica a rejeição de qualquer tese do bem comum na tradição de Aristóteles, outros autores, estes voltados para o direito, afirmam que um utilitarismo latente se insinua na teoria de Rawls em seu sutil movimento rumo à maximização; ou tem mostrado que existe mais do que um procedimento possível para se chegar à decisão. Os realistas sociais têm afirmado que os únicos tipos de acordos que devem nos preocupar dizem respeito às lutas históricas reais que têm sido travadas; ainda que num acordo social verdadeiro os indivíduos possam muito bem sentir-se legal ou moralmente obrigados, Rawls nos faz entrar num acordo hipotético. Todavia, que tipo de direitos hipotéticos a sociedade faz cumprir? Pode haver vários deles[19]. Além do mais, é possível conceber experimentos mentais alternativos que levem a concepções radicalmente diferentes do papel do governo numa "sociedade justa". Há também o fato de que Rawls oferece os princípios de justiça do pessimista racional, mas que dizer daqueles do jogador? Por que motivo alguém que esteja por trás do véu de ignorância não poderia dizer, simplesmente: "Voto por uma sociedade com grandes desigualdades porque acredito ter uma boa chance de ser um dos vencedores"?

IV. ROBERT NOZICK E A FILOSOFIA RADICAL DO MERCADO LIVRE

NOZICK COMO EXEMPLO DE LIBERTARISMO FILOSÓFICO

Enquanto a teoria de Rawls pode justificar a redistribuição social (equivale a uma defesa do moderno Estado liberal-democrático de bem-estar social), para outro grupo de liberais – que podemos chamar de libertários – o *big government** é incompatível com a liberdade. Os libertários compartilham uma profunda aversão a todas as teorias que promovem qualquer idéia de bem social que legitime a administração social centralizada – mesmo que esta seja a concepção bastante individualista do utilitarismo clássico –, e seu objetivo é abolir toda interferência governamental nas vidas

19. Para Ronald Dworkin (1977), a posição original só deu origem a decisões hipotéticas, e é ilógico conceber uma teoria da justiça que pretende legitimar decisões reais com base em tal procedimento. Em vez de perguntar o que é racional fazer ou deixar de fazer na situação hipotética, precisamos interpretar os contratos sociais verdadeiros com os quais estamos comprometidos – por exemplo, a Constituição norte-americana. Rawls diria que, ao examinar exemplos racionais como o do cortador do bolo, por exemplo, podemos entender a força moral da igual distribuição. As pessoas podem entender essa decisão sem que precisem fazer um bolo e compartilhá-lo. O fato de o argumento ser de natureza hipotética não destrói sua força e, assim como o exemplo do bolo pode funcionar como um argumento moral, também o pode a idéia da posição original hipotética.

* Governo em que predominam os dispêndios de caráter produtivo, a geração de infra-estrutura, o gasto fiscal anticíclico, a preocupação com o desemprego etc. (N. do T.)

e nos "direitos" do cidadão. Em grande parte, o libertarismo tem por base uma interpretação do teórico do contrato social clássico, John Locke, que é visto como defensor de uma tese central de que, no estado de natureza, a humanidade tem direitos individuais invioláveis e o supremo direito de apropriar-se de quaisquer bens que outros não possuam. Uma vez de posse desses bens, estes se tornam propriedade sua. O papel do governo consiste em proteger esses direitos – em particular, os direitos à vida e à propriedade –, e a administração social só se legitima na medida em que reforça e protege esses direitos, não lhe cabendo nunca legitimidade para suprimi-los. A sociedade só é concebida como o espaço em que os indivíduos perseguem seus projetos, livres de interferência e respeitando os direitos dos outros. A teoria jurídica política de Robert Nozick, exposta em seu livro *Anarchy, State and Utopia* [Anarquia, Estado e utopia] (1974), é a mais famosa das teorias libertaristas da justiça[20]. Nozick parte da dupla premissa de que todas as pessoas são naturalmente indivíduos dotados de direitos[21], e que todos os governos e todas as organizações sociais precisam de justificação:

> (...) a questão fundamental da filosofia política, que precede as questões sobre como se deve organizar o Estado, consiste em saber se deve existir alguma forma de Estado. Por que não a anarquia? (1974: 4).

Partir dessa premissa básica soa estranho ao leitor europeu, mas no contexto norte-americano representa um começo compreensível, ainda que talvez radical. Enquanto os textos europeus são incapazes de encontrar no passado qualquer história concretamente sua que se assemelhe à narrativa lockiana, a fundação e o desenvolvimento dos Estados Unidos são freqüentemente interpretados como a incorporação viva de tal narrativa[22].

20. Seu ensaio foi descrito como "um elogio das virtudes do individualismo do século XVIII e do capitalismo de *laissez-faire* do século XIX" (J. Paul, org., *Reading Nozick*, 1981: 1), um "texto original, admirável e extraordinariamente inteligente" (*ibid.*: 28); para Lloyd e Freeman, trata-se de "um dos mais instigantes ensaios de filosofia política que surgiram nos últimos tempos" (6.ª ed., 1995: 367). Em termos mais moderados, foi visto como um texto "profundamente teórico, com as virtudes de elegância formal em oposição às do realismo concreto" (Paul, org., 1981: 35).

21. "Os indivíduos têm direitos, e existem coisas que nenhuma pessoa e nenhum grupo pode fazer-lhes (sem violar seus direitos)" (1974: ix). Nozick não oferece nenhuma explicação sociológica ou de outro tipo sobre o modo como surgiu a ênfase no individualismo ou nos direitos; ao contrário, seu argumento principal consiste apenas em apelar a nossas intuições quanto a tratar as pessoas como "fins em si mesmas" e "tratar a nós mesmos com respeito ao respeitarmos nossos direitos" (*ibid.*: 334).

22. Como Stephen Newman (1948: 16) afirma num livro apropriadamente intitulado *Liberalism at Wits' End: The Libertarian Revolt Against the Modern State* [Liberalismo à deriva: a revolta libertária contra o Estado moderno]: "Os Estados Unidos são a primeira forma de governo lockiano. Sua fundação consistiu praticamente numa aplicação prática dos princípios do *Segundo tratado sobre o governo*, de Locke, e por quase cem anos o país parecia um modelo quase perfeito do que Locke entendia por sociedade civil. O governo foi instituído para proteger a vida e a propriedade. A autoridade foi intencionalmente limitada e submetida a múltiplas restrições a fim de garantir a liberdade do povo. Circunstâncias materiais auspiciosas, em especial a

Os escritos de Nozick desenvolvem uma teoria da justiça que reforça uma abordagem de livre-mercado radical e se ajusta ao chamado Estado mínimo ou Estado gendarme. Não surpreende que ele assim conclua:

> O Estado mínimo é o Estado mais extenso que pode ser justificado. Qualquer Estado mais extenso viola os direitos das pessoas (1974: 149).

O QUE É A IDÉIA DE ESTADO MÍNIMO DE NOZICK E POR QUE ELE AFIRMA TRATAR-SE DO ÚNICO ESTADO QUE SE PODE JUSTIFICAR?

Nozick define sua referência ao Estado mínimo como "o Estado do guarda-noturno da teoria liberal clássica, limitado às funções de proteger todos os seus cidadãos contra a violência, o furto, a fraude, o não-cumprimento dos contratos etc." (*ibid.*: 26-7). De que modo ele explica isso como o único nível de organização social defensável?

Anarquia, Estado e utopia é subdividido em três partes. Sua estrutura já leva ao favorecimento do minimalismo. A Primeira Parte se propõe a confrontar o anarquista que nega a legitimidade de qualquer forma de Estado, afirmando que qualquer Estado é "intrinsecamente imoral" (*ibid.*: 51). Em resposta a esse "desafio", Nozick leva a cabo uma "experiência mental" de rastreamento de uma evolução detalhada do Estado mínimo na qual nem seu surgimento, nem sua existência contínua infringem os direitos. A Segunda Parte examina a concepção de Estado mínimo e especifica que um Estado mais extenso violará os direitos e será, portanto, injustificado. Nozick desenvolve uma *teoria do justo título* por meio da qual os bens econômicos já surgem na sociedade onerados por reivindicações legítimas de sua propriedade, o que por sua vez desacredita as formas "padronizadas" de distribuição (*ibid.*: 155-64). Na Terceira Parte, Nozick apresenta sua utopia, o que lhe permite argumentar que o Estado mínimo merece ser defendido.

O primeiro capítulo da Primeira Parte tem por título *Por que teoria do estado de natureza*, e contém o esboço de uma experiência mental que começa por imaginar a vida sem um Estado. Ao contrário de Hobbes, porém, Nozick não nos põe diante de um horrível estado de natureza, uma vez que, sem dúvida alguma, se concebesse o estado de natureza como algo tão ruim quanto Hobbes o fez, o mais provável é que aceitaríamos qualquer Estado como solução do problema. Em vez disso, Nozick argumenta que devemos imaginar um estado de natureza benigno; sua figura paterna é Locke, não Hobbes. Em tal situação, porém, pode insinuar-se a seguinte questão:

abundância de terras desocupadas, permitiram a criação de oportunidades iguais e de uma autonomia efetiva a (quase) todos (menos, sem dúvida, a negros, índios e mulheres). Mantido pelo Estado, o capitalismo de livre-mercado servia aos interesses de ricos e pobres por igual, deixando em aberto o caminho do sucesso aos que tivessem ambições e talento." Pelo menos é esta a análise política acalentada pelos libertários modernos.

precisamos, de fato, inventar um Estado? Precisaríamos de muito boas razões para justificá-lo. Nozick elabora um argumento teórico em várias etapas.

Primeira etapa: Os indivíduos são colocados num estado de natureza, mas – como acontece na narrativa lockiana – esses indivíduos são possuidores de direitos. Nozick argumenta que existem duas maneiras de pensar os direitos. Numa das concepções, aceitamos que os direitos vão entrar em conflito, ou que precisamos equilibrar os direitos com outros objetivos sociais. Em última instância, sugere Nozick, isso leva a um utilitarismo relativo aos direitos; começamos a cogitar de sacrificar ou diminuir direitos, ou, ao contrário, protegê-los ainda mais. Como diz Nozick: "(...) suponhamos que algumas condições para a minimização da quantidade total (ponderada) de violações de direitos sejam criadas no Estado final que se deseja alcançar. Teríamos, então, algo como um 'utilitarismo' de direitos; as violações de direitos (a ser minimizadas) simplesmente substituiriam a felicidade total enquanto Estado final relevante na estrutura utilitarista". Mesmo que nosso objetivo for a mínima violação dos direitos, ainda assim, sob certas condições, estaríamos dispostos a sacrificar um indivíduo em nome do bem comum. Na segunda concepção de direitos, predomina uma visão de "limitações do aspecto moral" (*ibid.*: 28-35). Não devemos nunca violar esses direitos[23]. Para Nozick, numa sociedade não é nunca permissível atropelar os interesses do indivíduo em nome de outros[24]. Na experiência mental, os indivíduos possuem esses direitos num estado de natureza, mas somos instados a imaginar que havia anarquia natural. Isso nos leva à segunda etapa.

Segunda etapa: Esses indivíduos com direitos formam associações voluntárias para defender seus direitos. Essas associações – "instrumentos de proteção mútua" – são totalmente voluntárias. Os que a elas se juntam recebem proteção, o que não acontece com os demais. Até o momento, ainda não se formou Estado algum; não há ninguém que tenha legitimidade para usar a força em toda a área. Originalmente, portanto, a associação só tem os direitos que lhe são assegurados por outros indivíduos. Trata-se apenas de um grupo de indivíduos em associação.

23. "Restrições secundárias à ação refletem o princípio kantiano subjacente de que os indivíduos são fins, e não simplesmente meios (...). As restrições secundárias exprimem a inviolabilidade das outras pessoas" (1974: 30). Uma vez mais, afirma Nozick, a fundamentação disso é a percepção que temos de nossas vidas: "As restrições morais secundárias ao que podemos fazer, afirmo, refletem o fato de nossas existências distintas. Refletem o fato de que nenhum ato de equilíbrio moral pode ocorrer entre nós; nenhuma vida pode ter um peso moral maior que outra a fim de levar a um maior bem-estar social geral. Não se justifica o sacrifício de alguns de nós pelos outros" (*ibid.*: 33).

24. Freqüentemente se diz que um dos possíveis problemas do véu de ignorância de Rawls é o do jogo. (Um indivíduo pode preferir arriscar-se a ser um dos que se beneficiaram, e não um dos poucos perdedores). Rawls não parece capaz de lidar com o fato de que, muito embora o jogo seja irracional, também faz parte da condição humana. Talvez no exemplo do paciente do quarto 306 (cf. capítulo 6 deste livro) optássemos pela solução utilitarista, considerando que o mais provável é que estivéssemos entre os cinco, e não que nos coubesse a sorte do que morre para doar seus órgãos aos demais. Somente uma teoria da incondicionalidade dos direitos, como a de Nozick, garantiria o salvamento do paciente do quarto 306, ainda que as demais pudessem ter salvo os outros cinco.

Terceira etapa: As associações voluntárias organizam-se territorialmente. Uma "associação de proteção dominante" se desenvolve em cada área. Essa é uma conseqüência inevitável da economia da proteção, e resulta numa exigência lógica de serviços de proteção como os tribunais e a polícia, entre outros, que devem funcionar dentro de um certo território.

Quarta etapa: Na terceira etapa, ainda restam alguns independentes que não se juntaram a nenhuma das associações; portanto, os independentes têm os mesmos direitos à proteção que as associações. A quarta etapa consiste na junção ou incorporação desses independentes; chegamos, assim, a um Estado mínimo, um corpo capaz de exercer o monopólio do uso da força dentro de um território particular e de estender a proteção a todos os seus cidadãos (*ibid.*: 113). O Estado mínimo é limitado em sua legitimação da força com vistas à proteção de certos direitos básicos: é o Estado gendarme do liberalismo clássico. Sob o utilitarismo, ou a teoria do Rawls da maturidade, podíamos ter políticas de redistribuição; no Estado mínimo, porém, nenhuma redistribuição tem legitimidade. Tudo que é pago seria um serviço básico de proteção. Na teoria de Nozick não existe Estado de bem-estar social ou coisa do gênero. Alguns podem dar a isso o nome de capitalismo clássico. Nozick também afirma que o desenvolvimento do Estado mínimo é espontâneo, não planejado e involuntário. É apresentado como o resultado da história natural: "um processo que se dá através de uma mão invisível e de meios moralmente permissíveis, sem que pessoa alguma tenha seus direitos violados" (*ibid.*: 119).

Como avançamos da terceira para a quarta etapa? Parece impossível[25], porque o pressuposto mais básico é o de que os direitos individuais são tão fortes que colocam a questão do que um Estado poderia fazer, se é que poderia fazer alguma coisa; particularmente, se nunca violar direitos. A quarta etapa implicará, sem dúvida, a violação do direitos de alguns membros? Pagar por proteção deve implicar alguma redistribuição de recursos[26]. A etapa também parece envolver alguma violação de direitos dos independentes, uma vez que agora existe uma autoridade que tem, sobre eles, um poder com o qual eles não concordaram. Os direitos cruciais que se perderam são aqueles do esforço pessoal e os de interpretar e ser o árbitro decisivo sempre que os direitos pessoais forem violados (o direito de tomar a lei nas próprias mãos e decidir quando já se fez justiça). O Estado agora se torna o árbitro decisivo dos momentos em que se deve recorrer à violência. Só o Estado sanciona o uso legítimo da força[27].

25. Muitos críticos consideram-na apenas "uma narrativa hipotética (...), um desvio bizarro de todo bom senso" (Bernard Williams, citado em Paul, 1981: 5).

26. Como podemos julgar? Quais os critérios possíveis? Nozick não oferece nenhum. Robert Holmes volta os argumentos de Nozick contra ele próprio, afirmando que, como não se oferece nenhum critério independente para se avaliar os processos de aplicação da lei pelas associações protetoras dominantes, a "usurpação de todos os poderes de julgamento e aplicação da lei não podem ser justificados" (em Paul, 1981: 6).

27. É por este motivo que, à primeira vista, a mudança de associações protetoras para um Estado mínimo parece demasiado ampla. Hipoteticamente, uma vez que se trata de uma experiência mental, Nozick poderia ter solucionado o problema simplesmente ao dizer que todos se associariam ao Estado mínimo, mas que, por ser esse um procedimento implausível, ele precisaria de uma narrativa mais realista para que sua teoria ganhasse credibilidade. Nozick propõe dois problemas a seu próprio esquema: (i) parece que os membros das associações permitem uma redistribuição limitada aos independentes, e (ii) por que, afinal, os independentes se associam? Nozick responde que só aparentemente se trata de redistribuição. Por exemplo, se A deve dinheiro a B e B rouba alguns bens da casa de A, tal procedimento poderia ser chamado de reparação, não de roubo. Poderia dar a impressão de ser as duas coisas; temos de examinar as razões, não apenas as aparências. Nozick argumenta que é uma questão de reparação. O Estado mínimo incorpora os independentes, mas lhes deve algo porque eles perderam seu direito ao espírito de iniciativa. Deve-lhes serviços de proteção e reparação. Podemos então passar para a quarta etapa. Nozick pensa que as pessoas podem, ativa e voluntariamente, concordar com qualquer coisa desde que não haja violação dos direitos dos outros. Portanto, podemos concordar em abrir mão de direitos. Alguém poderia vender-se como escravo; portanto, podemos concordar com um Estado. Contudo, o argumento da reparação não é simples consentimento, e devemos perguntar "o que é uma justa reparação?" Ele discute a reparação sob vários aspectos, um dos quais por meio de curvas de diferença, mas Nozick pensa que podemos usar esse argumento para obter um Estado mínimo. De novo, os críticos não se deixam convencer: Robert Paul Wolff (em Paul, 1981: 7) argumenta que um cálculo racional dos danos sofridos na violação dos direitos não é possível devido à "fluidez e falta de estrutura" do estado de natureza.

ARGUMENTOS COM BASE NA JUSTA AQUISIÇÃO

Na Segunda Parte, Nozick usa outro conjunto de argumentos – que ele chama de *Teoria do justo título* – para concluir que a única forma de Estado que se justifica é a do Estado mínimo. Trata-se de uma série de argumentos especificamente voltados para a redistribuição da riqueza. A teoria do justo título defende a idéia de que um indivíduo tem um direito intrínseco a tudo que possui, desde que se justifique o modo como ele passou a ter cada parte de sua propriedade. Há três maneiras de uma pessoa ter direito a ser dona legítima de suas posses: a *justiça da aquisição* – o que significa que, quando adquirida, a propriedade não era propriedade de outra pessoa (um recurso natural, por exemplo); a *justiça da transferência* – que ocorre quando a propriedade é transferida ao dono atual por meios válidos. Estes incluem a doação, a venda, a herança – tendo por única condição que não haja fraude ou furto envolvidos. Quando o dono atual da propriedade deixou de observar um dos métodos de aquisição de título acima descritos, a injustiça deve ser reparada, e A deve devolver a propriedade a B. A isso se dá o nome de *justiça de reparação*.

Portanto, o argumento de Nozick é quase histórico: "Uma distribuição será justa se resultar de uma justa distribuição anterior por meios legítimos" (*ibid.*: 151). Nozick então desfia uma série de argumentos que atacam as propostas rivais, como as que subjazem às estruturas de distribuição que são informadas por argumentos das teorias utilitaristas (como a maximização do bem-estar social), ou as que enfatizam a conveniência da igualdade. Nozick argumenta que as concepções subjacentes de justiça (re)distributiva são conjuntos de princípios que conflitam com o primado da liberdade e de um absoluto respeito pelos direitos.

Uma famosa ilustração de Nozick é o *argumento de Wilt Chamberlain*. Ele nos pede para imaginar um conjunto estável de distribuições que consideramos justas.

Chamaremos essa distribuição de D1. Talvez todos tenham uma parte igual, talvez as pessoas tenham uma parte de acordo com uma curva de distribuição específica; os aspectos específicos não importam; o que importa é que não nos opomos a essa curva particular de distribuição. Imaginemos que nessa sociedade haja um brilhante jogador de basquete de 2,15 metros, Wilt Chamberlain, extremamente procurado pelos times de basquete e com um imenso carisma entre os fãs; as pessoas adoram vê-lo jogar e se predispõem a pagar mais quando ele joga. Suponhamos que seu contrato estipule que, para cada jogo, 25 centavos de dólar do preço de cada bilhete vão diretamente para Wilt, ou que, durante a temporada de partidas em sua própria cidade, cada espectador coloque a mesma quantia numa caixa separada, com o nome de Chamberlain inscrito. Estão todos muito excitados por vê-lo jogar, e acham que trocam valor por dinheiro. Nozick nos pede para imaginar que, em um ano, 1 milhão de pessoas paguem para vê-lo em atuação; Wilt recebe $250.000,00 mais do que os outros jogadores do time, e certamente essa soma é muito superior à renda média da sociedade. Terá Wilt direito a essa renda? No fim do ano, temos uma nova distribuição D2, e Wilt terá muito mais recursos do que qualquer outra pessoa. Será injusta essa distribuição? Se for, por quê? A título de resposta, Nozick nos pede para examinar como D1 se converteu em D2. Sem dúvida, isso foi conseguido por pessoas exercendo seus direitos nos termos da D1. Os indivíduos usaram sua liberdade e deram dinheiro para comprar o que desejavam; optaram livremente por transferir uma parte de seu dinheiro para Wilt, a fim de vê-lo exibindo seus talentos. Nozick não afirma que D1 é melhor que D2, mas apenas que D2 é tão justa quanto D2. D2 é simplesmente uma posição que surge em resultado de indivíduos que exerceram os direitos que possuíam de acordo com D1, sem prejuízo de ninguém. Portanto, D2 é tão justa quanto D1; sendo assim, porém, violou-se o padrão de distribuição aceito. A operação de liberdade subverteu o padrão estabelecido.

Nozick sugere que será esse o destino de todos os sistemas estruturados em termos de políticas e padrões; essas concepções de justiça estão condenadas a ser impraticáveis. Em vez disso, somos instados a concordar com um sistema dinâmico que coloca a primazia nos direitos que não devem ser violados. Para Nozick, o princípio fundamental dessa "teoria do justo título" é que "é justa qualquer coisa decorrente de uma situação justa que tenha procedido por etapas justas" (1974: 151).

Que dizer, porém, da coerção? Até mesmo o legítimo exercício dos direitos pode, de fato, levar a resultados e situações muito coercivos. Além disso, o argumento Wilt Chamberlain é um argumento muito particular; na verdade, o mercado nem sempre funciona desse modo. Hoje, o mercado é um ambiente que a tudo abarca, e em geral as pessoas vivenciam as situações de mercado de forma muito diversa daquela contida nos argumentos de Nozick; elas não podem simplesmente pegar ou largar quando recebem uma proposta de emprego, e há a questão da confiança em certos bens. Em vez de maximizar a riqueza, o mercado pode ser coercitivo.

Nozick (1974: 262-5) oferece outro exemplo daquilo que vê como maximização da liberdade. Nesse exemplo, ele responde especificamente à idéia do mercado coercivo e ao estilo de argumentação marxista de que as pessoas são obrigadas a trabalhar para poderem sobreviver. Nozick começa por concordar com que "os atos de outras pessoas impõem limites às oportunidades disponíveis", mas em seguida afirma que "(...) se isso torna ou não a ação resultante não-voluntária é algo que vai depender do conhecimento de que esses outros tinham o direito de agir do modo como agiram (...)". Ele propõe um exemplo em que figura uma ilha deserta: há 26 mulheres (A-Z) e 26 homens (A1-Z1), e todos pretendem casar-se. Nessa sociedade relativamente simples, não há divergência quanto à relativa atração que tais pessoas sentem entre si. A ordem da atratividade vai de A a Z, em ordem preferencial decrescente. A e A1 decidem voluntariamente casar-se, e um prefere o outro a qualquer outro parceiro. Porém, embora B tivesse preferido casar-se com A1, e B1 preferisse casar-se com A, as ações de A e A1 eliminaram essa opção. Uma vez que B e B1 também querem casar, eles então escolhem um ao outro como a mais preferível dentre as opções que lhes restaram. Mas, embora as opções de B e B1 tenham diminuído, A e A1, no exercício de sua própria liberdade, não interferiram nos direitos de B e B1; estes, portanto, não foram coagidos em sua escolha. Sem dúvida, as opções vão ficando cada vez mais restritas com o passar do tempo; porém, diz Nozick, mesmo quando se chega a X e Y e se admite isso quando se chega a Z e Z1, e só lhes resta a opção de escolher um ao outro, não está em jogo coerção alguma. Tanto Z quanto Z1 admitem que, se desejam casar-se, devem fazê-lo com a pessoa menos atraente do grupo oposto. A questão fundamental é: eles terão sido coagidos se casarem um com o outro em vez de casar-se com ninguém?

Nozick diz que considerações semelhantes se aplicam às trocas de mercado entre os trabalhadores e os detentores do capital. Se alguém dissesse que os empregados estavam classificados de A a Z, e os empregadores de A1 a Z1, poderíamos considerar voluntária a combinação Z-Z1? Haverá razões legítimas para que Z ou Z1 venham a queixar-se? Talvez Z se veja diante da escolha de trabalhar para Z1 ou morrer de fome; e, como a escolha é resultado das ações de todos os outros, que não deixam nenhuma opção a Z , será possível dizer que este último opta voluntariamente por trabalhar? Para Nozick, "Z realmente faz uma opção voluntária se os outros indivíduos A-Y tiverem agido voluntariamente e dentro de seus direitos".

Tanto o exemplo do casamento quanto o do justo título da propriedade podem ser assim resumidos: "de cada um, conforme sua escolha, a cada um, conforme for escolhido"; não é algo em que a política de redistribuição deva interferir.

Contudo, se no exemplo do emprego as pessoas optassem livre e voluntariamente, estaríamos diante de uma questão mais complexa; o exemplo do casamento não constitui uma situação exatamente análoga. Alguns poderiam argumentar que as pessoas têm um direito social ao trabalho, ainda que, talvez, não tenham um direito social específico ao casamento. Isso torna coerciva a situação de Z?

PROBLEMAS CONTRADITÓRIOS COM O PRINCÍPIO DE RETIFICAÇÃO

No esquema de Nozick, a reivindicação de uma justa distribuição depende de os indivíduos terem direitos sólidos ao domínio de sua propriedade, mas como podemos estar convencidos da validade histórica de suas reivindicações? Nozick reconhece que a questão de injustiças passadas coloca problemas difíceis:

> Se a injustiça passada configurou a posse atual de diversas maneiras, algumas identificáveis, outras não, o que se pode fazer agora, se é que existe algo a fazer, para reparar essas injustiças? Como mudam as coisas se os beneficiários e os que foram prejudicados não são partes diretas no ato de injustiça, mas sim, por exemplo, seus descendentes? Até onde se deve retroceder para se poder limpar o quadro histórico das injustiças?

Colocada a questão, Nozick pode apenas concluir: "Desconheço qualquer tratamento perfeito, ou teoricamente sofisticado, de tais questões." Ironicamente, como assinala Bernard Williams, a teoria de Nozick pode colocar um desafio substancial ao capitalismo contemporâneo, uma vez que

> A teoria da derivação de Nozick não implica que os atuais títulos de propriedade sejam justos; ao contrário (embora se trate de uma questão de fato removível), há uma probabilidade de 99% de que quase todos eles não o sejam. (Nozick pode achar que boa parte dos Estados Unidos pertence por direito aos índios) (em Paul, 1981: 27).

Portanto, como pode a titularidade ser historicamente assegurada? Dadas as infinitas possibilidades de que as injustiças tenham ocorrido no plano histórico, e a impossibilidade teórica e prática de se identificá-las e corrigi-las, qualquer tentativa de pôr a teoria de Nozick em prática para justificar patrimônios atuais que estejam a salvo de interferências será ou historicamente arbitrária ou autocontraditória[28].

28. Esta conclusão resulta da honestidade da posição de Nozick, que se baseia no princípio lockiano de legítima aquisição inicial, isto é, de que não se deve deixar os outros em pior situação ao se adquirir algum bem supérfluo ou recursos naturais e reivindicar propriedade. Kymlicka (1990) resume Nozick, que em sua opinião propõe uma teoria por etapas de aquisição de propriedade:

1. as pessoas se possuem a si próprias;
2. em sua maior parte, o mundo não tem dono;
3. pode-se adquirir direitos de propriedade absolutos sobre uma parte desproporcional do mundo desde que não se piorem as condições dos outros;
4. é relativamente fácil adquirir direitos absolutos sobre uma parte desproporcional do mundo; portanto,
5. uma vez que alguém se tenha apropriado de propriedade privada, um mercado livre de capital e trabalho torna-se uma exigência moral.

Kymlicka afirma que o item 3 é demasiado fraco para dar origem ao item 4. Ao se apropriar de um pedaço de terra, é inevitável que uma pessoa piore a situação das outras sob certos aspectos: ao negar-lhes uma parte ou o direito de opinar sobre o uso dessa terra, ou, com o tempo, no caso dos outros espoliados, ao ditar-lhes os termos nos quais devem trabalhar a terra; além do mais, uma vez que existe uma grande variedade de padrões de apropriação, ao optar por aquela variedade específica quando uma outra poderia ter deixado todos em melhor situação.

Kymlicka argumenta que a teoria de Nozick não pode justificar a propriedade atual do patrimônio, uma vez que, historicamente, a força foi empregada em quase toda apropriação inicial, motivo pelo qual todos os títulos atuais são ilegítimos. Não há razões morais para que o governo não possa tomá-las e distribuí-las, talvez para corrigir injustiças passadas. Nozick quase aceita isso, chegando mesmo a sugerir que uma redistribuição não repetida, de acordo com o princípio de diferença de Rawls, pode apagar o passado antes que sua teoria do justo título seja colocada em prática.

29. Outros libertários, como Rothbard (1982), não são tão abertos quanto Nozick. Rothbard se opõe ao argumento da aquisição injusta ao afirmar que, se forem conhecidos, os proprietários criminosos devem ser despojados, e suas posses devem voltar a seus proprietários legítimos. Se estes não puderem ser encontrados, os bens se tornam simplesmente sem dono, e a primeira pessoa a apropriar-se deles e utilizá-los adquire direitos de propriedade. Se os proprietários atuais não forem criminosos, não há motivo para se despojá-los dos bens, e mesmo que estes tivessem sido originalmente adquiridos por roubo ou por força – como na maioria das situações coloniais –, o dono atual pode manter a propriedade, uma vez que é improvável que seu primeiro dono ainda exista. Tendo em vista que praticamente todos os proprietários originais já morreram há muito, quase todos os proprietários de títulos atuais são possuidores legítimos dos bens, a não ser quando a propriedade tiver sido roubada pelos que no momento detêm sua posse.

Assim, apesar de verdadeira nos termos de sua estrutura lógica, a argumentação de Nozick de que qualquer Estado maior que um Estado mínimo deve – deve absolutamente – violar os direitos das pessoas, segue-se também que, no esquema proposto por Nozick, é impossível determinar quais são os direitos de qualquer indivíduo no que diz respeito à propriedade. A teoria apela a nossas intuições individualistas, mas não tem como se proteger contra suas próprias tentativas de ser uma descrição histórica ou sociologicamente verdadeira da primazia do Estado mínimo ou do livre-mercado[29].

A FRAGILIDADE DA POSIÇÃO LIBERTÁRIA

A fragilidade da argumentação filosófica abstrata que não leva em conta a história social ou a realidade social

Os libertários retomam os escritos de Locke e seguem-no na construção de um modelo do estado de natureza para encontrar um mecanismo de julgamento que possa legitimar a justiça das organizações sociais ao mesmo tempo que se preserva o primado da liberdade. Os textos de Locke permitem que eles se apropriem de uma tradição narrativa da história natural em que existe uma psicologia para a qual os motivos econômicos são fundamentais (a idéia do individualismo possessivo). Portanto, a narrativa histórica é vista como atemporal, e a psicologia como natural. Porém, Locke escreveu uma "história natural narrativa" – na qual havia indivíduos que possuíam direitos naturais invioláveis – para fugir a uma história real em que a maioria não tinha direitos. Locke defendia a causa dos direitos naturais para repudiar

a realidade do feudalismo; enquanto postulava o primado dos motivos econômicos a fim de combater todos os outros motivos da paixão humana (em certo sentido, para afirmar que a motivação econômica atenua e racionaliza a instabilidade das paixões humanas, expressa nas religiões e no preconceito históricos). Locke situa-se – ao lado de Hobbes, Hume e Adam Smith – nas origens do período moderno que viu a disseminação do mercado pelo mundo. Como os libertários gostam muito de enfatizar, o mercado é o único mecanismo que não leva em conta sua cor de pele, religião ou preferências estéticas, a não ser enquanto características que aumentem as oportunidades de venda. As ironias sociais das medidas que eles defendem – por exemplo, que o Estado, ao agir com imparcialidade para garantir os direitos individuais, termina por servir aos interesses das classes específicas que ocupam uma posição dominante no mercado – se perdem porque os libertários têm um senso incipiente da realidade política. Sua realidade política é, antes, uma realidade filosófica que se assemelha a um ou outro estado mítico de natureza. Os liberais filosóficos parecem ingênuos aos críticos que adotam uma perspectiva de extração mais sociológica, e que parecem ver tanto nossas intuições contemporâneas e nossas instituições sociais como resultado de um complexo conjunto de processos históricos, políticos e sociológicos. Em última análise, a filosofia voltada para o direito é chamada a defrontar-se com outro problema sem resposta: os direitos humanos e os supostos "direitos naturais" não serão naturais somente na medida em que usamos a palavra "natural" para descrever os processos sociais que permitiram que os direitos fossem criados e deitassem raízes nas estruturas sociais? Os direitos são socialmente criados, e não descobertos na história, como se, de algum modo, existissem em alguma esfera atemporal (de essências naturais platônicas); eles foram criados na história, assim como o indivíduo[30].

As narrativas libertárias evitam o político e ignoram as alternativas das verdadeiras tradições de nossas sociedades

A interpretação libertária da origem dos Estados Unidos como uma legitimação da defesa lockiana racionalista do individualismo e dos direitos naturais à propriedade tem sido questionada por muitos estudos recentes que identificam uma forte tendência cívico-republicana no período revolucionário. Foi somente com o advento da Constituição federal que a idéia de virtude pública e de bem comum perdeu seu papel central para um novo conceito da opinião pública[31]. O governo tornou-se um meio-termo entre interesses cuja existência era externa à ação política em si.

Embora essa nova concepção "liberal" tenha se tornado dominante durante o século XIX, a concepção republicana nunca desapareceu por completo. Pocock afirma que ela se tornou de alguma forma subterrânea, operando através da defesa de símbolos pré-modernos e antiindustriais na cultura norte-americana. Muitos autores que criticam o individualismo liberal apelam para essa tradição, afirmando que essa sutil influência do republicanismo cívico permitiu que os norte-americanos conservassem um certo senso comunitário e colocou-se como resistência inerente aos efeitos corrosivos do individualismo. Esses autores vêem a solução da crise pela qual a sociedade norte-americana vem passando em nossos dias – crise que consiste, segundo eles, na destruição dos vínculos sociais devido à promoção liberal de indivíduos egocêntricos (que só sabem cuidar de suas preocupações imediatas e rejeitam as obrigações que interpõem obstáculos a sua liberdade) – na revitalização dessa tradição de republicanismo cívico. Enquanto os neoconservadores vêem na idéia democrática a origem das dificuldades da democracia liberal – em outras palavras, no *big government* –, os "comunitaristas" localizam o verdadeiro problema como um desaparecimento da virtude cívica e a negação da necessidade de a população identificar-se com uma comunidade política que reconheça que a cidadania não implica apenas direitos, mas também deveres e interdependência social.

O predomínio dos direitos sobre a participação coletiva também é enfatizado por processos recentes de privatização crescente da vida social e pelo desaparecimento do espaço público; para os comunitaristas, isso só pode ser remediado pela recuperação da participação política. A seus olhos, a ilusão liberal de que a harmonia só pode surgir do livre jogo dos interesses privados, e a sociedade moderna não mais precisa da virtude cívica, mostrou-se finalmente perigosa; questiona a própria existência do processo democrático, bem como o significado da sociedade. Disso tudo impõe-se a necessidade de uma cultura política que se reconecte à tradição de republicanismo cívico e recupere a dignidade da política.

30. Como argumenta Charles Taylor (1985: 309) a propósito de qualquer teoria que assuma o ponto de vista atomístico do indivíduo isolado como sua unidade básica: "O erro básico do atomismo, em todas as suas formas, está em sua incapacidade de levar em conta em que medida o indivíduo livre, com seus objetivos e suas aspirações pessoais, cujas justas recompensas tenta proteger, só tem a si próprio enquanto possibilidade num certo tipo de civilização; está também no fato de que foi preciso um longo desenvolvimento de certas práticas e instituições, do estado de direito, das regras de igual respeito, das práticas de deliberação comum, da associação comum, do desenvolvimento cultural, e assim por diante, para que se chegasse a produzir o indivíduo moderno."

31. Historiadores como Bailyn (1967) e Wood (1969) mostraram que a revolução norte-americana havia sido profundamente influenciada pela cultura do humanismo cívico neo-harringtoniano. A análise de Bailyn dos panfletos do período revolucionário concentra-se em parte no lugar central da idéia de "corrupção" na linguagem política dos patriotas norte-americanos. A concepção clássica de política, na qual os indivíduos participam ativamente da república, só mais tarde foi substituída por um novo paradigma de democracia representativa. Na análise de Gordon Wood (1969), o fim da política clássica chegou com a Constituição federal de 1787, em que não se considerava mais que as pessoas eram ligadas por uma identidade de interesses comuns, mas sim que formavam "um aglomerado de indivíduos hostis, agrupados em prol de seu benefício mútuo na construção de uma sociedade".

V. EXEMPLOS DA CRÍTICA COMUNITÁRIA DAS TEORIAS LIBERAIS DE JUSTIÇA[32]

A ANÁLISE CRÍTICA DE MICHAEL SANDEL

Michael Sandel (1982, *Liberalism and the Limits of Justice*) afirma que Rawls propõe um tratamento inconsistente do eu. Embora Rawls admita a intersubjetividade do eu, ele carece da concepção de um eu racional e unificado que fundamente sua tese da prioridade do direito sobre o bem. Além disso, o liberalismo deontológico de Rawls requer uma concepção de justiça que não pressuponha nenhuma concepção particular do bem, para servir de estrutura no interior da qual diferentes concepções do bem se tornem possíveis. O primado da justiça é ao mesmo tempo uma prioridade moral e uma forma privilegiada de justificação. O justo é visto como anterior ao bem não só porque suas exigências têm precedência natural, mas também porque seus princípios são produzidos de modo não-conseqüente, como se racionalmente derivados das condições da posição original. Contudo, para que realmente admitamos que podemos aceitar o resultado, isto é, os princípios de justiça derivados das estimativas da posição original, é necessário aceitar que o sujeito (o eu racional que toma decisões) existe independentemente de suas intenções e seus fins. Rawls exige a aceitação de um sujeito que possa ter uma identidade definida antes dos valores que ele possa escolher. Na verdade, o que define tal sujeito é a capacidade de escolha, não as escolhas feitas. Esse sujeito nunca pode ter fins que sejam constitutivos de sua identidade, e a ele se nega a possibilidade de participação numa comunidade na qual o que está em jogo é a definição mesma de quem ele é.

Segundo Sandel, na problemática de Rawls um tipo "constitutivo" ou expressivo de uma comunidade como essa é impensável; mas isso significa que Rawls está limitado a uma ideologia da "comunidade" enquanto cooperação entre indivíduos cujos interesses já são conhecidos, e que se unem a fim de defendê-los e fomentá-los. Porém, enquanto essa livre concepção de um sujeito incapaz de engajamentos constitutivos e expressivos parece, dentro desse contexto, necessária para que o justo tenha prioridade sobre o bem, ainda assim parece estar em contradição com os princípios de justiça que Rawls procura justificar. Uma vez que princípio de diferença tem a natureza de um princípio de participação, pressupõe ao mesmo tempo a existência de um vínculo moral entre aqueles que vão distribuir os bens sociais, e, portanto, de uma comunidade constitutiva cujo reconhecimento requer. Além disso, Rawls admite que o indivíduo é irremediavelmente fragmentado, e só se torna humano na subjetividade social, no próprio tipo de comunidade excluído pela concepção rawlsiana do sujeito sem inserções, definido antes dos fins que escolhe. Sandel afirma que a teoria de Rawls tem uma contradição interna: "Não podemos ser pessoas para as quais a justiça é fundamental e também pessoas para as quais o princípio de diferença é um princípio de justiça."

A análise de Sandel é dirigida ao texto original da *Teoria da justiça*, em que Rawls parecia estar à procura de algum ponto de referência absolutamente seguro; em outras palavras, de que sua posição original fosse inatacável do ponto de vista racional. Nesse caso, Sandel parece estar correto ao argumentar que Rawls não foi capaz de garantir que sua teoria fosse racionalmente segura; mas isso não quer dizer que devamos negar que a teoria de Rawls seja racionalmente atraente, nem as políticas liberais que se acham por trás dela[33]. Talvez Sandel esteja exortando o liberalismo a perder sua fragilidade sociológica e a não perder de vista tanto o fato de sua criação histórica quanto a necessidade de lutar por seu aperfeiçoamento[34].

CHARLES TAYLOR E A ACUSAÇÃO DO ATOMISMO

Para Charles Taylor (1985: vol. 2, cap. 7), a concepção liberal do sujeito é "atomista" porque afirma a natureza auto-suficiente do indivíduo. Em contraste com a concepção aristotélica do homem como animal essencialmente político, que só pode realizar sua natureza humana no seio de uma sociedade, a concepção liberal empobrece a idéia que fazemos de nós mesmos e ajuda na destruição da vida pública através do desenvolvimento do individualismo burocrático. Segundo Taylor, é só por meio da participação numa comunidade de linguagem e discurso mútuos sobre o justo e o injusto, o bem e o mal, que se pode desenvolver uma racionalidade coerente capaz de permitir que o homem atue como sujeito moral capaz de descobrir o bem; por-

32. Para uma análise muito mais abrangente, ver Stephen Mulhall & Adam Smith (1992, 2ª ed., 1995), *Liberals & Communitarians* – fundamentalmente, " um livro sobre Rawls e seus críticos que aborda interpretações antagônicas da justiça.

33. Sandel quer passar da demonstração de uma contradição interna na teoria de Rawls – dada a interpretação racional mais forte – para a conclusão de que devemos então aceitar a superioridade de uma política do bem comum sobre uma política de defesa dos direitos. O fato de que a argumentação de Rawls apresenta contradições internas, ou antinomias, não implica que seu objetivo geral deva ser rejeitado.

34. Em seu último parágrafo, Sandel (1982: 183) afirma que a justiça liberal é necessária a uma sociedade de "estranhos, às vezes benevolentes" que "não podem se conhecer uns aos outros, ou os nossos objetivos, suficientemente bem para governar apenas com base no bem comum". O objetivo fundamental consiste em transformar as condições da existência social de modo que a justiça liberal seja substituída pela comunidade, até que o liberalismo exija uma maior autoconsciência política.

O liberalismo ensina o respeito pela distância entre o eu e os fins, e, quando essa distância se perde, somos lançados numa circunstância que deixa de ser nossa. Contudo, ao tentar garantir essa distância de modo extremamente radical, o liberalismo destrói sua própria intuição. Ao colocar o eu fora do alcance da política, transforma o agente humano num artigo de fé, e não num objeto de atenção e preocupação contínuas, mais uma premissa política do que sua mais precária realização. Isso faz com que se perca o *páthos* da política, bem como suas mais inspiradoras possibilidades. Negligencia o risco de que, quando a política vai mal, o resultado seja não apenas a decepção, como também o desvio. E se esquece da possibilidade de que, quando a política vai bem, podemos experimentar um bem comum que somos incapazes de obter sozinhos.

tanto, não pode haver uma prioridade do justo sobre o bem. Referindo-se particularmente a Nozick, ele mostra o absurdo de se partir da prioridade dos direitos naturais com a finalidade de inferir a inteireza do contexto social: Nozick "não admite que a afirmação dos direitos em si implica o reconhecimento de uma obrigação de participação" (1985: vol. 2, 200). Com efeito, esse indivíduo moderno, com seus direitos, é resultado de um longo e complexo desenvolvimento histórico, e é somente num certo tipo de sociedade que se torna possível a existência de tal indivíduo livre, capaz de escolher seus próprios objetivos. Para Taylor, precisamos compreender nossa existência comunitária, porque a essência do problema do ser humano não é a questão da sobrevivência material, "desejo-satisfação, e liberdade e dor", mas sim a luta por tornar-se um ser humano desenvolvido em sua plenitude; algo que nossas palavras talvez não consigam articular plenamente, mas que nossos sonhos pressagiam (*ibid.*: 201-2). De novo, a acusação central à filosofia liberal – exemplificada por Nozick – é de ignorância da verdadeira história e da realização social, o hábito de tratar como natural aquilo que é, na verdade, uma tênue criação social-humana e, conseqüentemente, enfraquecer o imperativo político de participar da criação da modernidade:

> Devemos nossa identidade de homens livres a nossa civilização (...). O ponto crucial é este: uma vez que o indivíduo livre só pode manter sua identidade dentro de uma sociedade/cultura de algum tipo, ele tem de preocupar-se com a forma dessa sociedade/cultura como um todo. Ele não pode (...) preocupar-se exclusivamente com suas escolhas individuais e com as associações formadas a partir de tal escolha, em detrimento da matriz em que tais escolhas podem ser abertas ou fechadas, ricas ou pobres. Para ele, é importante que certas atividades e instituições floresçam na sociedade. Ele deve inclusive saber qual é o padrão moral do conjunto da sociedade (...), porque a liberdade e a diversidade individuais só podem florescer numa sociedade em que haja um reconhecimento geral de seu valor (*ibid.*: 207).

ALASDAIR MACINTYRE E A TENTATIVA DE REDESCOBRIR A VIRTUDE

Para Alasdair MacIntyre (*After Virtue* [Depois da virtude], 1981, 2ª ed. 1984); *Whose Justice, Which Rationality?* [Justiça de quem? Qual racionalidade?], 1988), tanto Rawls quanto Nozick ignoram o que deveria ser fundamental para a justiça: a idéia de virtude. MacIntyre argumenta que a modernidade deslocou a linguagem da moralidade; na verdade, estamos cercados por discursos de moralidade, mas todo senso de coerência esvaiu-se na medida em que a busca de um quadro mais amplo foi abandonado em favor da análise. MacIntyre opõe a modernidade, sob o disfarce de individualismo e subjetividade como a mostrou Nietzsche, a sua releitura da tradição clássica de Aristóteles. Para ele, a linguagem moral só faz sentido no contexto de uma descrição sistemática da totalidade das preocupações humanas. Nossa moralidade moderna tornou-se mera emotividade, nada além de expressões de preferências subjetivas. As teorias morais tornaram-se apologias do individualismo e do desejo subjetivo. Isso ocorreu, em parte, porque as teorias modernas só conseguem conceber a sociedade com se esta fosse formada por indivíduos cujos interesses são definidos antes, e independentemente, da construção de qualquer vínculo moral ou social entre eles. Inversamente, os gregos antigos enfatizavam muito a noção de virtude e o caráter da pessoa, mas a virtude só faz sentido no contexto de uma comunidade cujo vínculo original é um entendimento comum tanto do bem do homem quanto do bem da comunidade, e onde os indivíduos reconhecem seus interesses fundamentais com referência a esses bens. Contudo, a tradição filosófica dominante da modernidade – o liberalismo – rejeita todas as idéias de bem comum que não sejam a mera agregação dos desejos dos indivíduos que se imagina constituírem a (não-)sociedade. Esse individualismo – sintetizado pela subjetividade radical de Nietzsche – deve ser visto como a fonte do niilismo que lentamente vem destruindo nossas sociedades.

Em *After Virtue*, MacIntyre (1984) identifica as virtudes por alusão a seu papel nas práticas, e não ao método escolástico histórico que procurava a correspondência entre o ato e os requisitos substantivos da natureza dos seres humanos. Ele tenta voltar à ética aristotélica que tinha por base a virtude, mas sem aceitar a "biologia metafísica" de Aristóteles nem concordar com nenhuma teoria substantiva da natureza humana (ontologia). Não aceita nem recusa a filosofia aristotélica da natureza. Em vez disso, define a virtude de maneira relativamente formal:

> Uma virtude é uma qualidade humana adquirida cuja posse e exercício tendem a permitir que alcancemos aqueles bens que são intrínsecos às práticas, e cuja falta realmente nos impede de obter tais bens (1984: 193-4).

Além disso, ele vê as práticas como fenômenos relativamente dinâmicos que não têm objetivos fixos para todas as ocasiões. As práticas são mantidas por atividades relativamente específicas (metodologias), mas os objetivos buscados por essas atividades mudam ao longo da história, como podem também mudar os critérios para se avaliar a qualidade da prática. Tanto as aptidões técnicas quanto os contextos institucionais podem moldar a historicidade das práticas. Mas isso quer dizer que podemos ser virtuosos simplesmente ao nos tornarmos bons conforme o determinam as exigências intrínsecas de qualquer prática? MacIntyre afirma que antes de podermos chamar uma atividade de virtuosa ela deve também estar de acordo com "um télos que transcende os bens limitados das práticas, constituindo o bem de toda uma vida humana". Precisamos de um entendimento geral da condição humana, uma vez que, na medida em que as excelências interiores às práticas são consideradas isoladamente, uma descrição das virtudes poderia, necessariamente, ser ou socialmente arbitrária ou interior a uma prática que consideramos abominável.

O problema da análise comunitária de MacIntyre é que ela parece ser circular. As qualidades morais são definidas por sua capacidade de servir às práticas; estas, por sua vez, servem aos objetivos institucionais, que por sua vez podem servir de modo

arbitrário às necessidades de uma sociedade. Precisamos de um padrão distinto das organizações sociais da comunidade que permita avaliar a qualidade das necessidades. Haverá algum modo de julgar o valor específico de práticas diferentes? MacIntyre recorre à idéia de *tradições*. As virtudes devem ser integradas aos padrões gerais de uma tradição informada pela busca do bem e do melhor. Portanto, a virtude não é apenas um problema para o indivíduo; a concepção de virtude requer uma tradição que tenha acumulado alguma experiência sobre os bens intrínsecos às práticas.

Que tipos de disposições e atividades humanas e, correlativamente, de instituições e aptidões, condizem com a natureza humana? Para MacIntyre, são aquelas que condizem com o télos ou com a busca, e que são compatíveis com a tradição das pessoas que fazem tal indagação. Nós nos poupamos dos horrores da indeterminação moral e do niilismo ao nos posicionarmos dentro de uma tradição. A tradição confere um sentido de participação existencial e permite que levemos uma vida moralmente virtuosa.

Todas as tradições são igualmente meritórias? A estrutura que MacIntyre propõe oferece coerência e uma vida dotada de significado, mas parece ser relativista. Podemos sem dúvida recorrer à descrição histórica e relatar o que significava viver sob o sistema indiano de castas, e como isso conferia um sentido funcional de virtude e justiça, mas muitos de nós desejariam dizer mais. Normativamente, afirmaríamos que uma vida virtuosa dentro dessa estrutura era na verdade injusta. Não estava de acordo com as idéias que consideramos centrais a nossas concepções de desenvolvimento humano. Será possível manter a coerência do sistema de MacIntyres e, ao mesmo tempo, introduzir ou defender uma explicação normativa do que é o *télos* de toda uma vida? Os críticos de MacIntyre acreditam que ele tem poucas probabilidades de resolver esse problema.

Alan Gewirth, escrevendo como neokantista[35], argumenta que a teoria da virtude de MacIntyre é relativista. Não é capaz de fornecer uma base racional para se julgar que tipos de ação satisfazem ou violam uma regra especificamente moral[36]. A estrutura de MacIntyre carece de conteúdo substantivo, e portanto somos incapazes de julgar entre tradições que apresentam análises substantivas opostas das ações virtuosas. Onde MacIntyre pode encontrar um lugar seguro para situar-se se ele rejeita a metafísica da natureza que sustentava Aristóteles? Uma vez que avaliar a virtude por seu papel nas práticas só nos dá idéias da coerência interna, MacIntyre deve passar para a segunda etapa da idéia que propõe, isto é, para a idéia de *télos* ou busca da humanidade, mas, novamente, poderíamos postular qualquer número de imagens de um fim unificado. Qual é o exato "bem" que sustenta a pesquisa que nos permite julgar a qualidade de Hitler ou de Stalin, por exemplo? Não podemos aceitar que a pesquisa conclua por termos de uma constância com atributos de virtude ou uniformidade de propósitos, uma vez que, na história, todos os tipos de pessoas que geralmente consideramos maus revelam essa qualidade. MacIntyre fundamenta seus conceitos na idéia de tradição, mas não existe um padrão seguro para se avaliar se os recursos da tradição levam a um verdadeiro conhecimento dos bens relevantes. Enquanto MacIntyre pergunta *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, Gewirth pergunta:

> Qual comunidade, porém? A comunidade perfeita de Aristóteles exigia a escravização de agricultores e mecânicos; a comunidade nazista exigia o assassinato dos judeus e de outros; a comunidade africâner contemporânea exige a subjugação, tanto econômica e pessoal quanto política, de milhões de negros. A despeito de toda sua aprovação de uma moralidade do direito, a especificação de MacIntyre de sua "finalidade e intenção", juntamente com sua obscura avaliação do universalismo moral, tornam viáveis essas violações dos direitos básicos e, conseqüentemente, uma drástica indeterminação moral (1985: 758-9).

Escrevendo a partir de uma perspectiva kantiana, Gewirth afirma que "os recursos conceituais empregados [por MacIntyre] para tornar as virtudes centrais à filosofia moral são substitutos inadequados da concepção mais tradicional, que extrai o conteúdo das virtudes de regras morais sobre direitos e deveres". Se MacIntyre parece incapaz de convencer os kantianos, tampouco parece impressionar muito os nietzschianos. MacIntyre procurou refutar a base emocional das afirmações morais, mas parece concluir que o fato de pertencer a uma tradição confere maior peso ao discurso moral de cada um.

Por trás da análise de MacIntyre encontra-se o medo. Medo da solidão existencial e do legado de Nietzsche. Embora *After Virtue* não fosse um tratado sobre os princípios substantivos de moralidade – ao contrário, dizia respeito aos contextos histórico e cultural dos argumentos sobre esses princípios –, fica-se com a impressão de que o vencedor ali é Nietzsche, não Aristóteles. No final do texto, tudo que MacIntyre pode nos exortar a fazer é buscar refúgio nas comunidades enquanto a ordem social desmorona ao nosso redor – uma antevisão de *Blade Runner*?

O DESLOCAMENTO COMUNITÁRIO DO DEBATE SOBRE A RESPECTIVA PRIORIDADE DO JUSTO E DO BEM

Como observou Sandel, para liberais de extração kantiana como Rawls a prioridade do justo sobre o bem significa não somente que não se podem sacrificar os direitos individuais em nome do bem geral, mas também que os princípios de justiça não podem ser extraídos de uma concepção específica do bem-viver. Esse é um

35. Gewirth (1985) anseia por identificar-se com uma tradição mais deontológica do que aristotélica, que procura criar um direito dos direitos individuais a serem publicamente reconhecidos e utilizados na arena política e jurídica.

36. "Quando o critério para uma qualidade, ser uma virtude, não inclui a exigência de que a virtude reflita ou se ajuste às regras morais, não há garantia de que a virtude alegada seja moralmente certa ou errada" (Gewirth, 1985: 752).

princípio cardinal do liberalismo segundo o qual não pode haver uma única concepção de *eudaemonia*, de felicidade, que se possa impor a todos, mas que cada pessoa deve ter a possibilidade de descobrir a felicidade do modo como a entende, para estabelecer para si mesma seus próprios objetivos e tentar concretizá-los como bem lhe aprouver.

Os comunitaristas afirmam que não se pode definir o direito antes do bem, uma vez que é só por meio de nossa participação numa comunidade que define o bem que podemos ter uma concepção do que é justo e chegar a uma concepção de justiça. Fora da comunidade o bem e o justo não existem. Esse é um argumento extremamente convincente que parece incontestável a partir de qualquer perspectiva que não seja aquela que conserva a idéia de um significante transcendental (um Deus, ou uma metafísica da essência absoluta da humanidade). Contudo, aceitar esse argumento não implica que devamos rejeitar a prioridade da justiça como virtude principal das instituições sociais, assim como a defesa dos direitos individuais, ou retomar uma política baseada numa ordem moral comum. Nossa base pode ser mais pragmática, ou política, e é exatamente para essa posição que Rawls tentou mudar.

PODERÁ RAWLS RESPONDER À CRÍTICA COMUNITÁRIA?

Rawls não é um alvo tão fácil quanto acreditam os comunitaristas. Rawls (1985; 1993) desenvolveu as bases de sua posição de modo bastante substancial desde a publicação de *Uma teoria da justiça*. Originalmente, seu neokantismo implicava que ele estava à procura de um algoritmo para a escolha racional, um ponto arquimediano que assegurasse o caráter universal de sua teoria da eqüidade. Seu problema consistia em determinar quais princípios de justiça seriam escolhidos por pessoas livres e racionais a fim de definir os termos fundamentais de sua associação. Posteriormente, declarou que queria apenas elaborar uma concepção de justiça para as sociedades democráticas modernas a partir das intuições comuns dos membros dessas sociedades[37]. Seu objetivo era articular e explicitar as idéias e os princípios latentes em nosso senso comum; desse modo, ele não alegaria ter formulado uma concepção de justiça historicamente verdadeira; antes, proporia os princípios que eram válidos para nós como uma função de nossa história, nossas tradições e aspirações, e o modo como concebemos nossa identidade.

Portanto, precisamos de melhores métodos para articular as conexões entre o pensamento jurídico relativo à justiça e as conseqüências políticas. Rawls deseja defender o pluralismo liberal que requer uma concepção de bem-estar e um projeto de vida particular que não sejam impostos aos indivíduos. A moralidade individual é

37. Para "introduzir uma divergência fundamental a propósito da justa forma das instituições sociais no contexto de uma sociedade democrática, nas condições modernas" ("O construtivismo kantiano na teoria moral", *Journal of Philosophy*, vol. 77, n.º 9, setembro de 1985: 225).

uma questão privada para os liberais, e cada pessoa deve ser capaz de organizar sua vida como acha melhor. Trata-se de uma valiosa concepção dos aspectos do bem-estar: a fraqueza do liberalismo nessa área decorre de sua aparente posição de que a importância dos direitos e os indiscutíveis princípios de justiça não devem ser usados para privilegiar uma concepção específica de bem-estar. Todavia, é evidente que essa prioridade do justo sobre o bem só é possível em certo tipo de sociedade onde existem determinadas instituições, e não pode haver uma prioridade absoluta do justo sobre o bem, uma vez que – como afirmam sensatamente os comunitaristas – é somente dentro de uma comunidade específica, que se define pelo bem que postula, que pode existir um indivíduo com seus direitos. Aos liberais parece necessário especificar que a busca de justiça é em parte uma questão de trabalhar ativamente em defesa de imagens específicas de comunidades políticas e de defendê-las intelectualmente. Como já se argumentou aqui (ver conclusão de nossa discussão de John Stuart Mill), ainda que um regime democrático liberal deva ser agnóstico em termos de moralidade pessoal e estimular o pluralismo e a tolerância, isso não equivale a ser agnóstico relativamente ao bem político. Isso não apenas afirma os princípios políticos de liberdade e igualdade; trata-se também de uma argumentação em defesa de uma certa forma de sobrevivência existencial. É somente dentro de um regime que valoriza os direitos, a diversidade e a realização pessoal que se torna possível priorizar os direitos no que diz respeito às diferentes concepções da virtude moral[38]. A justiça não é uma concepção filosófica, mas sim um objetivo existencial.

38. Portanto, se por um lado Sandel pode, por exemplo, criticar a formulação rawlsiana específica de defesa dos princípios políticos liberais, por outro ele estimula perigosas conseqüências ao afirmar que tal postura exige o abandono do pluralismo liberal e de uma política baseada nos direitos, uma vez que tal prioridade é exatamente o que caracteriza um regime democrático liberal e permite a existência do debate.

Capítulo 15

Ronald Dworkin e a luta contra o desencanto:
ou o direito na ética interpretativa da filosofia do direito liberal

O cidadão tem compromisso com o direito, não com nenhuma concepção particular que alguém tenha da natureza do direito (Dworkin, *Taking Rights Seriously* [Levando os direitos a sério], 1977: 214).

[Somente] uma comunidade de princípios fiel a essa promessa pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto, reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder (Dworkin, *Law's Empire* [O império do direito], 1986: 214).

Os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes (*ibid.*: 273).

INTRODUÇÃO

Ronald Dworkin (nascido em 1931 em Massachusetts, Estados Unidos) é o principal expoente contemporâneo da filosofia do direito liberal no mundo anglo-americano[1]. Sua obra aborda explicitamente as questões e os legados de Fuller e Hart e

1. Dworkin substituiu Hart como titular de filosofia do direito em Oxford, que ele combina com compromissos acadêmicos nos Estados Unidos. Suas idéias são objeto de críticas extremamente favoráveis (ver, por exemplo, Guest, 1992) e desfavoráveis. Ao comentar seus primeiros escritos, Hart (1977) descreveu Dworkin como um "nobre sonhador", um tema retomado por muitos comentaristas subseqüentes. Fitzpatrick (1992) chama de "criadora de mitos" a estratégia dworkiniana de conferir unidade sistemática ao sistema e à prática jurídicos: "mito" é uma forma que unifica sem (aparentemente) totalizar, uma forma que mantém a unidade em incoerência aparente, e a presença na ausência aparente". As raízes intelectuais de Dworkin encontram-se na tradição política e jurídica do liberalismo norte-americano, e sua retórica é um estímulo a se dar continuidade a essa tradição em face das fortes tendências conservadoras que surgiram nos Estados Unidos a partir da década de 1970, bem como a se evitar as tentações do radicalismo. Com coerência, sua obra tem se ocupado da natureza da interpretação judicial do direito e o papel do judiciário, e ele escreve expressamente contra a abordagem cética, preferindo criar uma auto-imagem progressista para o judiciário – uma postura que consiste em dar forma a sua inevitável contribuição humana ao desenvolvimento jurídico e que está ligada a uma teoria da moralidade política que delimita o desenvolvimento do direito tanto no nível social quanto no individual. Para Dworkin, o sistema jurídico é uma vasta estrutura intelectual e prática – não tem, necessariamente, coerência lógica, pode conter muitos princípios conflitantes e implicações de princípios, de regras, princípios e direitos – que é uma expressão dos valores políticos que predominam na sociedade. Os princípios jurídicos exprimem princípios políticos e morais; assim, um juiz, ao extrair os princípios envolvidos numa linha de pre-

desenvolve uma metodologia interpretativa dotada de um programa político claro – a defesa das idéias de eqüidade, do processo legal justo e dos direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade.

O projeto de Dworkin é em parte defensivo – uma tentativa de revitalizar a legalidade liberal em face dos desafios que se abateram sobre as sociedades ocidentais partir da década de 1970 – e em parte inspirador – uma tentativa de oferecer uma "moralidade de aspiração". A natureza defensiva decorre do fato de Dworkin haver escrito, a partir dos anos 70, no contexto de uma crise de confiança que assolou o mundo ocidental à medida que suas metanarrativas e suas instituições passaram a ser questionadas. Nos Estados Unidos, a guerra do Vietnã e o caso Watergate levaram muitas pessoas a perder a confiança na conduta dos governos; a má-fé e hipocrisia pareciam estar, de modo ostensivamente claro, acometendo as "democracias baseadas em princípios"[2]. Por inúmeras razões, a política tornou-se populista e os governos da Inglaterra e dos Estados Unidos tornaram-se conservadores, enquanto na academia as tendências "progressistas" se dividiram. A teoria jurídica não mais podia ser pensada simplesmente como "filosofia jurídica", e várias correntes de pensamento implicavam que o direito devia ser colocado no contexto social para ser devidamente compreendido, ou que a política subjacente do direito devia tornar-se visível; o Movimento de Direito e Economia parecia estar propondo que as idéias tradicionais de felicidade, eqüidade e justiça fossem substituídas por cálculos de maximização da riqueza; os Estudos Jurídicos Críticos vinham substituindo a tradição do realismo jurídico, e o feminismo começava a fazer ouvir sua voz. A idéia liberal do estado de direito precisava de maior clareza e reformulação para manter sua credibilidade intelectual. Um problema metodológico central remetia à questão da objetividade: como a autoridade da filosofia jurídica podia ser (r-)estabelecida diante do declínio do objetivismo que o positivismo parecera oferecer? Se a filosofia jurídica de Hart nos levara inquestionavelmente a um projeto empírico que ele não pôde perseguir, de que modo se poderia criar uma metodologia que pudesse defender a idéia do direito como um sistema sem cair no relativismo conceitual que, por exemplo, fora aceito por Kelsen, ou sobreviver ao desafio cético colocado pelos Estudos Jurídicos Críticos? A filosofia jurídica liberal poderia ser reformulada, ou só manteria sua coerência se simplesmente ignorasse todos os questionamentos? Antes de examinar o projeto de Dworkin, convém dar ao leitor uma idéia dos problemas e das preocupações envolvidos.

cedentes, deve fazer o melhor uso de seu conhecimento dos valores políticos e morais de sua comunidade. A contribuição de Dworkin está no desenvolvimento de uma teoria consistente que permite que o juiz interprete suas próprias responsabilidades morais e éticas de modo liberal.

2. Uma impressão que novas informações só serviram para intensificar. Hoje entendemos que a guerra do Vietnã podia ter terminado em 1968, não fosse a má-fé de Richard Nixon – então candidato à presidência pelo Partido Republicano –, cujos assessores sugeriam que os sul-vietnamitas não cooperassem com as medidas pró-paz do presidente Johnson.

DIGRESSÃO: O DESTINO DA SOCIEDADE TRANSPARENTE?

A modernidade foi fundada pelo Iluminismo; um dos objetivos do Iluminismo consistia em permitir que os seres humanos pudessem ver as coisas como elas realmente são. Alcançar um estado de transparência permite que confiemos em nossas construções sociais; tornamo-nos plenamente conscientes.

A postura epistemológica dominante na filosofia jurídica da modernidade tem sido o positivismo. Enquanto epistemologia, o positivismo enfatizava um exame crítico ou uma análise "livre de valores"; pressupunha um objeto de análise independente que uma metodologia apropriada poderia revelar.

Num sentido forte, o positivismo jurídico é uma filosofia de transparência e convicção social. Quer na tentativa de fazer do direito uma ciência pura (Kelsen), quer nos termos das versões de Austin e Hart, os adeptos do positivismo jurídico enfatizavam uma distinção entre identificar a natureza do direito (às vezes especificamente definido, como na cuidadosa demarcação austiniana do campo de sua análise como "direito positivo", mas com freqüência pensado simplesmente como direito) e a tarefa futura de fazer avaliações morais do direito. Trata-se de uma distinção entre descrição – vista como uma tarefa fácil – e avaliação – vista como uma tarefa mais difícil, que tanto pode ser subjetiva quanto exigir que cheguemos a um consenso sobre um princípio dominante de justiça (como no caso da utilidade ou de esquemas como o da teoria da justiça de Rawls).

Resumindo a narrativa deste livro, os autores do início da modernidade – por exemplo, Hegel, Marx, Bentham ou John Austin – acreditavam na possibilidade de que o conhecimento revelasse ao homem a verdade sobre a condição humana. Na síntese ética de John Austin, economia política, direito positivo e crença no progresso social estavam interligados. Esse sonho de transparência acha-se agora comprometido. O impulso para o conhecimento criou uma multiplicidade de perspectivas, de alegações de conhecimento, cada qual com seus pressupostos e suas técnicas de observação. A proliferação de imagens da realidade implica que perdemos, pelo menos em parte, nosso "sentido de realidade". A resposta do positivismo maduro – H. L. A. Hart – consistiu em recuar para a análise da linguagem comum e criar uma história social mítica (que ele chama de "analítica") a fim de propor uma discussão de nossos (na época) conjuntos contemporâneos de uso lingüístico cotidiano a propósito da obrigação normativa. Assim, o positivismo jurídico precisou desprender-se da análise social realista para manter sua coerência (interna); pressupunha a natureza não problemática do normal e da "norma". Refletindo sobre *O conceito de direito*, Hart afirmou (pós-escrito, 1994) que suas bases enquanto pensador eram epistemologicamente seguras; afinal, ele estava apenas observando e analisando as práticas que via ao seu redor e enfatizando a necessidade de adotar a perspectiva de um *insider* – uma "sociologia descritiva". Contudo, aos comentaristas posteriores estava claro que Hart estava falseando a questão; na verdade, sua obra não era sociologia verdadeira, ou, como afirmou Harris (1980: 21), era "uma sociologia apropriada aos marcianos".

Ficou evidente que a ciência social não é uma questão de mera descrição; é profundamente interpretativa. Talvez a mudança mais fundamental nas metodologias das ciências sociais a partir da década de 1960 tenha sido a conscientização de que a interpretação – a hermenêutica – é inevitável. O mundo não nos revela suas estruturas, sua natureza, simplesmente para que nossas teorias as reproduzam ou "representem"; a verdade de nossas teorias não era um reflexo das entidades objetivas da realidade do mundo[3], mas sim o resultado de um ato interativo de nossas faculdades interpretativas enquanto nos dedicávamos à atividade prática de viver no mundo e pertencer ao mundo. A interpretação tornou-se a nova metodologia da modernidade tardia (um avanço profundamente influenciado pela obra de Hans-Georg Gadamer, 1979); a interpretação ocorre dentro de uma comunidade – uma tradição – e se move num processo circular de procurar compreender o todo em termos de suas partes, e as partes em termos de sua contribuição ao todo[4].

O que acontece com a questão da objetividade? A interpretação coloca novamente a questão do posicionamento moral e político do intérprete. O positivismo – ou o paradigma naturalista – podia pressupor o caráter excedente das estruturas morais para a ciência jurídica pura quando a prática da ciência do direito era mais uma questão de despojar-se da moralidade a fim de alcançar a objetividade. As impurezas não devem ser admitidas ao processo de visualização, pois caso contrário a reflexão se vê desfigurada. Qual era o lugar da política no espaço positivamente orientado da modernidade organizada? Faziam-na "parecer a mera administração do social" (Wagner, 1994: 191). O positivismo parecia harmonizar-se com as idéias de neutralidade, objetividade e certeza que a ideologia do estado de direito exigia, bem como com as idéias de um instrumento racional de governo que a concepção de razão legislativa requeria. Para esta última, o direito era uma técnica de administração para os centros de poder de um corpo social cujos saberes em desenvolvimento se fazem visíveis a si próprios ou, em outras palavras, fazia do exercício do poder um processo racional; a administração se concretizava (pelo menos assim se pressupunha) por meio da razão e do conhecimento, e não da escolha política sem orientação segura. O positivismo jurídico parecia fazer com que o instrumento (o direito positivo) se mostrasse claro e preciso; se o conhecimento é reflexo de uma entidade objetiva, trata-se então de um reflexo que pode ser verdadeiro ou falso, e a afirmação de que isso é "o direito" pode ser verdadeira ou falsa, motivo pelo qual aquele que a faz poderá estar reivindicando para alguma coisa o *status* de direito quando, na verdade, o que tem diante de si é não-direito.

A moderna hermenêutica rejeita a metafísica de um observador externo independente que procura a objetividade (tão fundamental à busca da verdade desde o símile da caverna de Platão), em favor da metafísica de um cientista comprometido que *pertence* a uma tradição e trabalha com os recursos intelectuais dessa tradição. Qual é o *status* da verdade na metodologia hermenêutica? Não é a reivindicação de transparência que se pretende que o observador externo traga de volta aos habitantes da caverna onde há vida sem reflexão, mas sim a articulação – ou interpretação – da ação e do significado intrínsecos a uma tradição à qual pertencem tal ação e tal significado.

3. Para uma crítica extremamente influente da teoria reflexiva ou especular da ciência social com base numa descrição do mundo objetivo, ver Richard Rorty (1979), *Philosophy and the Mirror of Nature*.

4. A hermenêutica é uma filosofia prática; é uma filosofia diirigida por uma inclinação para a ética. "O horizonte é o da ética considerada como etos, costume, cultura comum a uma época e sociedade, aquilo que, em última instância, "desfigura" o cientificismo e constitui redução expressa da verdade a afirmações experimentalmente confirmadas através da metodologia das ciências matemáticas e naturais (Vatimo, 1992: 106). Vivemos interpretativamente. A interpretação entende que não podemos fugir da caverna de nossas impressões cotidianas para algum lugar puro onde poderemos ver as entidades objetivas do mundo. Ao contrário, com o critério interpretativo nós situamos a verdade da ciência dentro de um horizonte histórico-dialético voltado para uma missão. Mas como podemos estar convencidos da natureza da missão se nos tornarmos plenamente modernos? Isto é, se levarmos totalmente em conta a consciência de que não há objetivo algum inscrito na história? Estaremos, portanto, condenados ao niilismo? Ou, nos termos de uma discussão afim (Wagner, 1994: cap. 11), estaremos condenados a ser egos confusos cercados por práticas incoerentes? O projeto de Dworkin consiste, em parte, numa metanarrativa de prática(s) jurídica(s), impondo ordem e (re)estruturando sua diversidade.

QUAL É, PARA DWORKIN, O OBJETIVO DE SUA METODOLOGIA INTERPRETATIVA DA FILOSOFIA DO DIREITO? TORNAR COERENTE UM CONJUNTO DE PRÁTICAS INTENCIONAIS OU CRIAR UMA NOVA METANARRATIVA PARA OS TEMPOS PÓS-MODERNOS?

A guinada interpretativa talvez pareça convidar ao niilismo, a que se responda, às afirmações do escritor, que "afinal, toda a sua argumentação consiste apenas em sua interpretação, e por esse motivo sinto-me à vontade para apresentar a minha interpretação também, e você não pode afirmar que a sua é melhor do que a minha!"; será que isso significa que os conceitos de neutralidade, objetividade, universalidade e imparcialidade são redundantes, ou que simplesmente obscurecem o problema fundamental, isto é, que o conhecimento é uma questão de poder e política?

O outro lado do niilismo (nietzschianismo) é o desencanto (Weber). Como já se discutiu aqui (capítulo 11), o desencanto ocorre quando o homem se dá conta de que o mundo não tem um "sentido objetivo" e compreende que lhe compete criar uma "objetividade para o sentido"; além disso, a interligação entre sentido e "realidade" é também responsabilidade sua. O desencanto convida a dois resultados: ou abrimos mão da ciência e passamos a admitir que todas as afirmações de que o conhecimento nos traz a "verdade" são fraudulentas, e que a vida é em si mesma "absurda" (niilismo negativo), ou aceitamos o desafio e passamos a encarar a ciência social como um projeto humano. O primeiro caminho estimula a passividade ou a decadência; o segundo, a responsabilidade humana. O segundo – embora ele não empregue essa terminologia (na verdade, ele parece negar essa interpretação de sua

metodologia[5]) – é o projeto de Dworkin; ele procura uma nova objetividade para o discurso jurídico e um novo sentido para a prática jurídica. Uma prática que ele revigora com um compromisso ético particular; o liberalismo jurídico.

Nos últimos anos, Dworkin definiu modestamente seu projeto como teoria jurídica interpretativa; em suas próprias palavras, ele a define como, em parte, uma resposta às perguntas: "Qual é a finalidade de todos esses livros que chamamos de livros didáticos de direito ou de teoria jurídica?" e "Qual é a questão à qual esses livros (isto é, de história da teoria jurídica ou da legislação) remetem?"[6] Para Dworkin, o próprio ato de interpretar (isto é, de conferir sentido a uma atividade) pressupõe que a atividade a ser interpretada cumpre uma finalidade e tem um objetivo; não podemos nos engajar na interpretação sem esse pressuposto[7].

A influência jurídica mais facilmente determinável em Dworkin é Lon Fuller, que anteriormente já chamara atenção para a diferença fundamental entre as ciências sociais (que lidam com o comportamento humano e com as instituições humanas) e as ciências naturais – a atividade social só pode ser compreendida através de sua interpretação à luz dos significados que ela tem para os participantes[8]. Dworkin pergunta a propósito da prática jurídica em seu sentido mais amplo: "O que há de fundamental em toda essa prática? Qual é seu objetivo? De que modo deveríamos entender o direito se fôssemos responder à pergunta: que razões temos para ter o direito? Por que o queremos, e de que modo devemos orientar e moldar nossa prática de forma que a ajuste a esse objetivo?"[9] Portanto, sua teoria interpretativa fornece um propósito à atividade, mas ele o vê como se já estivesse latente nas atividades

5. Para eliminar possíveis equívocos quanto ao tom ou objetivo desse capítulo, Dworkin não fala de seu projeto nos termos pragmáticos aqui usados; na verdade, ele parece inseguro quanto ao exato estatuto de "verdade" a reivindicar para seu projeto. Às vezes, reivindica uma "verdade interpretativa", embora também pareça reivindicar uma verdade muito racionalista, afirmando que sua teoria é "verdadeira" para com as "ambições do direito", ou que conta a história do direito para além do direito. Em sua defesa do liberalismo jurídico, o projeto de Dworkin é extremamente meritório; seus argumentos de que o direito ocidental deve ser capaz de justificação política e crítica segue a tradição kantiana de ver a modernidade como uma época em que as instituições sociais devem sobreviver à análise crítica. O objetivo da criação de uma teoria jurídica e de uma prática com base em princípios é digno de louvor. Porém, seu isolamento metodológico, uma vez que seu projeto se afasta do diálogo e da interação interdisciplinares com outras perspectivas, e suas caracterizações simplistas de outros autores debilitam seu projeto e o levam, às vezes, ao limiar da banalidade. Sua separação entre teoria jurídica e sociologia corre o risco de tornar-se socialmente irresponsável e politicamente ingênua.

6. Conferência, University College London, 1995.

7. Todas as características e imagens edificantes que Dworkin nos apresenta, afirma ele, já estão "latentes no direito atual".

8. "Portanto, é exatamente por ser um projeto dotado de finalidade que o direito revela regularidades estruturais que seus teóricos podem descobrir e tratar como regularidade dentro dos dados factuais. Se eles se dessem conta das bases sobre as quais elaboram suas teorias, poderiam sentir-se menos inclinado a ter de se considerarem como cientistas que descobrem uma conformidade de padrões de natureza inanimada" (Fuller, 1969: 151).

9. Conferência, University College London, 1995.

dos participantes. Ao longo de sua obra, Dworkin substitui o positivismo pela abordagem interpretativa, mas parece conservar algo do legado positivista. Tem declarado inúmeras vezes que sua teoria não é apenas uma interpretação, mas que é fiel ao material – diz a "verdade" do direito. Que sentido podemos encontrar aí?

Dworkin é um kantiano (ver discussão no capítulo 6 deste texto). Também parece ser nietzschiano (sem que se dê conta disso) no sentido de acreditar que a *força* da argumentação jurídica e política deve ser vista como algo distinto da demonstração de suas *bases* (*Law's Empire*, 1986: 100-112)[10]. Sua metodologia, porém – embora soe como análise interpretativa moderna –, tem por base a aceitação kantiana de que nossas práticas correntes (ou, mais corretamente, a representação dworkiniana de nossas práticas correntes) têm uma racionalidade inerente que sua metodologia terminará por mostrar. Como afirma Guest (1992: 1): "A teoria do direito de Dworkin é a de que a natureza da argumentação jurídica se encontra na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes." A teoria de Dworkin será, então, simplesmente sua interpretação e, desse modo, prescritiva? Será que todo o seu projeto consiste em impor sua versão do liberalismo ao campo cada vez mais diversificado da teoria jurídica?

Contra tal crítica, Dworkin alega estar apresentando uma "verdade" inerente ao material. Em sua obra mais elaborada (*O império do direito*, 1986, a partir daqui citado como *ID*), Dworkin afirma estar trabalhando com a concepção de direito de um *insider* e se diz preocupado em manter a "fidelidade" ao material; sua interpretação será fiel ao empreendimento do direito e não irá despojá-lo de seu significado latente; ao recusar-se a discutir a natureza do direito com observadores externos, sua interpretação vai ignorar os comentários céticos e articular melhor a ambição do direito para nós, de modo que possamos unir nossos esforços. Para o crítico, a questão é simples: essa é a ambição do direito ou a ambição que Dworkin pretende que o direito tenha? Além disso, é possível imaginar que o direito tenha um objetivo dominante? Numa época em que a terminologia do pluralismo jurídico tornou-se lugar-comum (pelo menos para os estudiosos do direito que se recusam a lidar exclusivamente com a teoria jurídica normativa), haverá algum sentido em que se possa falar sobre um conjunto diversificado de práticas que abrangem o direito moderno (ver Cotterrell, *The Sociology of Law*, 2ª ed., 1992), como se existisse uma corrente inequívoca de idéias comuns? Uma vez mais, Nietzsche é estimulante. Sua argumentação era simples: as instituições e práticas modernas têm histórias; não há uma perspectiva dominante. Inversamente, a tradição kantiana implica que devemos tratá-las como se houvesse uma racionalidade coesa subjacente. Kant – como Hegel (ver capítulo 8), depois dele, colocou tão sucintamente em sua afirmação de que "o que é real é racional" – exortou o estudioso moderno a procurar as bases ra-

10. Essa distinção é a base da obra mais solidária a Dworkin, a de Stephen Guest (1992), que usa constantemente o critério de comparar as afirmações de Dworkin com nossas intuições morais contemporâneas sobre o direito. O critério de Guest é uma questão de atração intuitiva, de "adequação" a nossas sensibilidades.

cionais da prática cotidiana; tratar a diversidade como variações (e falhas, erros e exceções) de um mesmo tema; e tratar o tema como racional. A estrutura racional do todo social será encontrada em suas estruturas operativas de reconhecimento mútuo; os agentes individuais só alcançam a autoconsciência através do reconhecimento mútuo de cada um deles e do valor racional da prática de cada um, mas isso exige padrões e mecanismos de visão por meio dos quais se pode mediar tal reconhecimento. Dworkin nos oferece essa análise e essa estrutura para a observação da moderna legalidade.

Há validade epistêmica nesse projeto: as práticas humanas são estruturas intencionais que exprimem as idéias dos participantes e consistem em muitas pessoas tentando concretizar diferentes projetos. As práticas humanas não precisam de um filósofo que diga aos participantes do que elas se tratam; os agentes têm suas próprias interpretações. Os que estão comprometidos com a prática/projeto – e aqui Dworkin se diferencia de Hart ao afirmar que está basicamente falando sobre agentes dotados de integridade e convicção (que crêem no projeto), em oposição a agentes que somente atuam por hábito ou convenção – tentam intuir sua característica central, purificar seus elementos não essenciais e desenvolver a prática até o limite do possível. Portanto, Dworkin pode procurar a interpretação correta ao acreditar que está trazendo à luz um atributo e um objetivo da prática que os participantes já compreendem, ainda que um tanto confusamente, e ele pode obter uma unificação teórica – uma representação holística – que já é em parte presumida pelos diferentes atores engajados na prática. O direito parece justificar essa confiança; ou, talvez colocando melhor as coisas, existem maneiras de interpretar o direito que fornecem as bases para tal pressuposto. A ideologia do estado de direito é poderosa, e a imagem com que Dworkin inicia seu livro mais conhecido – *O império do direito* (ver citação no capítulo 1 deste texto) – é a do direito a nos falar; ele nos exorta a tratar o direito como se escrito pela comunidade personificada. A legalidade é representada como não apenas mais um projeto humano dentre muitos outros, mas como o projeto dominante, como um projeto que foi bem-sucedido; em sua retórica e estrutura, *O império do direito* é puro expressionismo. O direito encarna compromisso, convicção, integridade e a busca da verdade (devemos acreditar na possibilidade, quando não na alcançabilidade imediata, de uma resposta certa aos problemas jurídicos e morais), nada é irreconciliável; inerente é o conflito, não a contradição; os advogados fazem juramentos éticos de serem servos da lei, autoridades no tribunal. O direito parece ser uma prática humana complexa, em grande parte constituída pelas ações interpretativas dos agentes que se orientam – pelo menos "idealmente" – por meio de uma idéia de transparência, a idéia do estado de direito, ou do *Império do Direito*.

Além disso, pelo menos em sua apresentação acadêmica, o direito não é uma massa de regras e decisões desconexas, mas sim uma estrutura organizada de acordo com categorias gerais como propriedade, contrato e crime, e ainda mais organizada, dentro dessas categorias, em torno de conceitos como posse, consideração,

princípio de vizinhança, negligência, *mens rea* e congêneres. A legalidade, portanto, parece um terreno de idéias que incorpora intuições relativas ao alcance dos direitos válidos e da legítima coerção – intuições que uma estratégia válida de coerência interpretativa precisa esclarecer e desenvolver na forma de um todo substantivo. O pressuposto de que existe um sentido e um objetivo dominantes para a prática parece justificar-se quando o intérprete acredita constantemente que os participantes ou agentes anunciam que aspiram à unidade e à coerência sistemáticas[11].

A prática do direito implica reflexões, reflexividade, elucidação teórica e crítica, a solução de litígios e argumentações, a obtenção de respostas, a "descoberta do direito" e a "discussão dos precedentes judiciais"; em suma, itens de prática interpretativa são apresentados como uma atividade já submetida à reflexão, unificada e autocrítica. Assim, o projeto interpretativo passa a refletir a certeza de que poderá produzir um verdadeiro entendimento do direito se apresentar uma descrição integrada das idéias do direito. Ainda que a integração possa alterar o material originalmente apresentado ao pensamento como uma disposição de regras e princípios, essa alteração não se apresenta como refração ou distorção, pois é exatamente a realização do próprio trabalho do direito.

A CRÍTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA HARTIANA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

Os textos de Dworkin se iniciam em fins dos anos 60 com sua crítica do *Conceito de direito* de Hart (1967, 1975; reproduzido em *Levando os direitos a sério*, 1977; novas referências a esses artigos provêm do texto de 1977). Hart havia caracterizado sua obra como uma resposta à velha pergunta "O que é o direito?" (1961: 1) e enfatizara que a pergunta era uma questão que exigia uma análise dos fatos (*ibid.*: 245). Dworkin define a tese positivista como uma concepção de direito como "simples questão de fato" (capítulo 1 de *ID*) e argumenta que tanto o positivismo jurídico quanto as teorias de direito natural estão, na verdade, em busca de uma resposta à pergunta "o que é o direito?" ao se defrontarem com um certo conjunto de fatos simples que dão uma resposta já pronta e de fácil entendimento. De maneira instigante, Dworkin pergunta se essa é uma imagem adequada ou realista do direito[12]. Em

11. Dworkin fará referência à ambição do direito e voltará a apresentar metáforas como a "Nau dos Argonautas", de Hale, que permanece idêntica ao longo de transformações sucessivas, a descrição, por lorde Mansfield, do *common law* como um direito que "se purifica", e máximas do tipo "casos semelhantes devem ser semelhantemente tratados" e "onde cessa a razão do direito, cessa também o direito". Contra essa concepção, Charles Sampford (*The Disorder of Law*, 1989) argumenta que o direito não é um sistema coerente, mas sim um "*melê* legal" que só tem aparência de sistema graças à obra normativa dos filósofos do direito.

12. Críticos de Dworkin (por exemplo, Moles, 1992) assinalam que seu tratamento das posições anteriores é extremamente superficial e não tenta oferecer uma leitura construtiva nem de Austin nem dos teóricos jusnaturalistas, que ele só menciona de passagem.

seguida nos leva a outra questão, esta mais profissional, à qual se chega através da pergunta "de que modo, nos tribunais, os advogados argumentam com os juízes, e de que modo um juiz 'descobre o direito'?" Dworkin afirma que, em particular nos "casos difíceis", juízes e advogados

> (...) utilizam critérios que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de critérios (1977: 22).

A teoria das regras abrange o desenvolvimento do *common law* através do precedente? Ela explica adequadamente, por exemplo, a criação do princípio de vizinhança na responsabilidade civil extracontratual, que teve sua origem no caso *Donoghue vs. Stevenson*?[13] Ou o discurso de lorde Atkin terá sido apenas um exercício de criatividade judicial? Sem dúvida, lorde Atkin apresenta sua decisão em termos de seu desenvolvimento construtivo de um princípio que podia ser vagamente identificado em casos anteriores. Se assim for, então o papel criativo de lorde Atkin está em ter dado uma interpretação construtiva a casos anteriores e em articular e formular melhor os princípios ali latentes, criando desse modo um "caso que firma jurisprudência" a ser aplicado em situações futuras. Para Dworkin, a análise positivista de Hart implica que, para além de um certo ponto onde a regra se esgota, não há fatores jurídicos que sujeitem os juízes; quando eles estão trabalhando numa área obscura e periférica (por oposição à área central) do direito, eles têm um poder discricionário não-jurídico. Os "casos difíceis" criam um novo direito. O positivismo jurídico nos apresenta um conjunto radicalmente divergente de expectativas sobre a função judicial (ver Guest, 1992, capítulos 7 e 8): (i) uma concepção estática, que é o modelo de regras do fato simples, que abrange a situação e que pode ser aplicado pela "teoria jurídica mecânica"; ou (ii) uma concepção dinâmica na qual o direito é um processo e se pressupõe que, ao entender esse processo, é preciso entender como as regras interagem com influências não-jurídicas. Essa concepção positivista pode ser expressa como uma equação: *regras mais poder discricionário igual a novas regras*. Contudo, esse poder discricionário é extrínseco ao direito e – além de Austin – o positivismo jurídico diz muito pouco sobre esse processo.

13. [1932] AC 562. O caso envolvia um conflito de precedentes e o judiciário se viu diante da tentação de tomar uma decisão política a favor dos fabricantes de um novo produto em detrimento dos interesses do consumidor final. Na verdade, o julgamento de lorde Atkin considerou a existência de uma relação jurídica independente de contrato entre o fabricante de um produto e o consumidor final. Lorde Atkin chamou a atenção para a tendência dos juízes anteriores a redigir muito concisamente seus julgamentos, dificultando assim o entendimento de sua linha de princípio, e afirmou expressamente que apresentaria sua decisão de modo que a tornasse extremamente benéfica aos futuros juízes. Comentou a relação entre direito e crenças morais e desenvolveu sua sentença em termos da tradução do dilema moral ou político em dilema jurídico (1932: 580): "A regra [moral] de que deveis amar vosso semelhante se transforma, no direito, em 'não deveis prejudicar vosso semelhante'; a pergunta do advogado, 'Quem é meu semelhante?', recebe uma resposta limitada. Deveis ter o cuidado de evitar atos ou omissões que, como bem se pode prever, prejudicariam vosso semelhante. No direito, então, quem é meu semelhante? A resposta parece ser: pessoas tão intensa e diretamente afetadas por meus atos que não devo perder de vista o fato de que são desse modo afetadas quando volto meu pensamento para os atos ou omissões que são questionados."

Para o positivista jurídico, a mudança jurídica – quer na legislação, quer no *common law* – é um processo político[14]. Além disso, a afirmação de certeza jurídica é comprometida na situação em que uma regra não foi elaborada, ou em que há uma lacuna no domínio das regras jurídicas[15].

HÁ UMA RESPOSTA CERTA INERENTE À "GRAMÁTICA" DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA?

Talvez a mais controvertida das idéias associadas à obra inicial de Dworkin esteja em sua afirmação de que a prática jurídica envolve, necessariamente, a aceitação da idéia de haver sempre uma resposta certa aos dilemas jurídicos e morais. Dworkin apresenta duas maneiras de se chegar a essa conclusão: (i) uma envolve a afirmação relativamente fraca de que, como a natureza do direito implica o envolvimento em litígios e sua solução, faz parte do raciocínio prático do direito o fato de que a resposta a um litígio deve ser clara – se disséssemos o tempo todo "está empatado", a natureza prática das soluções jurídicas não teria sentido algum (ver Dworkin, 1977; e "A Reply by Ronald Dworkin" em Cohen, org., 1984); (ii) a outra consiste em procurar os pressupostos racionais envolvidos no próprio processo e nas próprias práticas de argumentação jurídica e política[16]. Dworkin quer que consideremos em profundidade o que os advogados estão realmente fazendo em termos de prática jurídica nos casos difíceis, e nos pede para usar seu próprio discurso como

14. Como já discutimos aqui (ver capítulo 9), enquanto Bentham se opunha à criação judicial do direito, Austin a discutiu extensamente em duas conferências. A ciência austiniana do direito positivo era somente parte de uma síntese; a outra parte era a ciência da legislação regida pela utilidade ou pela prática de legislar tendo em vista o interesse comum. Austin parece ter poucas dúvidas de que a qualidade da tomada de decisões judiciais precisava ser aperfeiçoada, e pretendia aperfeiçoá-la deixando claro que o juiz não podia ignorar as considerações de benefício social (a opinião pública, o bem comum) devido ao fato de considerar-se moralmente preso a alguns padrões jurídicos obscuros que nada tinham a ver com regras (*Jurisprudence*, de Austin, 1873: Conferências XXXVII e XXXVIII).

15. Tomando, por exemplo, o regulamento que proíbe a circulação de veículos em parques, vemos que na esfera dos tribunais ainda não se tomou decisão alguma quanto à proibição abranger também as pranchas de *skate*. A questão jurídica concreta tende a concentrar-se na linguagem: "uma prancha de *skate* é um veículo para o regulamento que proíbe a circulação de veículos em Hyde Park?". Uma vez que se trata de questão não decidida, a regra não parece abranger a questão do *skate*. Há, portanto, uma lacuna no direito. Não se pode simplesmente dizer que, como não há menção aos *skates*, eles são permitidos. Nenhuma das partes pode citar uma jurisprudência favorável, mas ambas podem, em sã consciência, acreditar que estão certas. O réu poderia argumentar que, como o *skate* não foi proibido (afinal, nenhuma decisão nos diz que tal proibição existe), está portanto permitido. O promotor público poderia dizer que está incluído nos danos causados pelo ato, e que não consta em parte alguma da lei como exceção, sendo portanto proibido.

16. Dworkin desenvolveu explicitamente esse tema numa conferência (inédita) de 1995, proferida no IALS de Londres, cujo título é "Are there right answers to legal and moral problems?".

ponto de partida. O direito parece incerto; não parece haver nenhuma resposta jurídica óbvia. Qual é, porém, a racionalidade dos diferentes aspectos das práticas sociais em questão? Vejamos um caso comum. As partes instruíram os advogados e talvez, depois de várias trocas de cartas, alegações e alegações em contrário, os dois lados decidem resolver a questão em juízo. Se os dois conjuntos de advogados estiverem agindo como agentes jurídicos sérios (isto é, se não estiverem às voltas com atos desnecessários), ambas as partes acreditam que estão certas em sua interpretação e sua crença de que o direito está do seu lado. Na verdade, ambas acreditam que há uma resposta a ser encontrada, e que se trata de uma resposta jurídica. Por que ir ao tribunal se você não acredita que seu lado é o certo? Isto é, que seus argumentos podem convencer o juiz a decidir que o direito é aquilo que você reivindica[17].

Dworlin argumenta que o modelo de regras não pode competir em igualdade de condições com a natureza argumentativa da prática jurídica. Não somente cria lacunas na idéia do estado de direito, como também – parafraseando Dworkin – é falso para com a natureza social da argumentação jurídica no sentido mais amplo de incluir outras pessoas (acadêmicos, o público) como membros de uma "comunidade jurídico-interpretativa". Podemos arrolar diversos temas:

(i) o modelo de regras entende mal a natureza do poder discricionário. O poder discricionário não é independente, mas sim parte de um processo:

> Assim como o orifício da rosca, o poder discricionário só existe como um espaço deixado em aberto por uma zona de restrição circundante. Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: "Poder discricionário sob quais critérios?", ou "Poder discricionário segundo que autoridade?" (1977: 31).

(ii) se Hart estava certo, boa parte do debate jurídico seria irrelevante; os juízes não estariam sujeitos a críticas jurídicas sobre o poder discricionário legal, mas na verdade eles estão. Os advogados falam sobre decisões judiciais em casos difíceis e sobre a habilidade ou a imperícia judicial. Fazemos constantes avaliações jurídicas arrazoadas sobre se os tribunais desenvolveram ou não um direito legalmente aceitável, e Dworkin argumenta que os juízes devem considerar aquelas decisões anteriores que são "muito deploradas" pelos juristas acadêmicos como um direito fraco e passível de ser declarado direito de má qualidade (1977: 122); além disso, aceitamos algumas decisões como "erros" (*ibid.*: 105). Isso indica que na verdade aceitamos o poder discricionário como algo que funciona internamente ao direito, e como algo que um discurso jurídico apropriado deve tornar compreensível;

(iii) se Hart estivesse certo, não poderíamos prever o resultado dos casos difíceis, mas conseguimos prevê-los. Embora possamos ser surpreendidos pelas decisões dos tribunais de apelação, ainda assim conseguimos fazer, e fazemos, previsões bem fundadas sobre as decisões;

(iv) se a tomada de decisões judiciais equivalesse a um poder discricionário sem restrições, teríamos de ver os juízes como meras autoridades político-administrativas; todavia, consideramos os juízes diferentes dos políticos e administradores, e os vemos como pessoas cujo papel e habilidade especiais não exigem que sejam democraticamente eleitos. Dworkin (1977: 140-3) afirma que cada país desenvolveu uma prática constitucional e uma teoria sobre o papel do judiciário. Nos Estados Unidos é o constitucionalismo (a teoria de que a maioria deve ser forçada a proteger os direitos individuais). Constitucionalmente, para que os juízes fossem criadores de direito com total independência, teriam de ser democraticamente eleitos; os juízes não são eleitos e, portanto, não devem engajar-se na produção de um direito novo; devem aplicar os padrões inerentes ao direito existente;

(v) se dizemos que os juízes criam o direito através do exercício do poder discricionário, devemos então dizer que cada vez que assim procedem eles cometem uma fraude contra os litigantes. As partes vão ao tribunal e argumentam sobre o direito, e o juiz decide; contudo, se em recurso de apelação os juízes exercessem o poder discricionário e criassem novas regras, estariam mudando as regras do jogo, algo que dificilmente se pode defender. Os juízes normalmente falam e agem de tal modo que apresentam suas decisões como se fossem exigidas pela adesão aos princípios do direito, e eles freqüentemente se referem a ocasiões em que tais princípios são "imanentes ao direito" ou se acham implícitos na "estrutura geral do direito"; os juízes passam a impressão de que se sentem coagidos por critérios jurídicos que só podem ser avaliados por uma interpretação holística do direito estabelecido.

Essas questões resultam da interpretação de aspectos práticos. Agora temos uma escolha. Podemos dizer que todas essas observações podem muito bem estar corretas, mas elas não constituem uma prática coerente; na verdade, são fragmentos de coerência dentro de um *melê* incoerente que desafia as tentativas de totalização. Ou podemos dizer que, devidamente entendidos, percebemos, na "gramática" desses fragmentos de prática, indícios da presença de uma resposta certa e de um fechamento do universo jurídico; o direito já dispõe dos recursos que lhe permitem dar uma resposta a todos os problemas jurídicos.

17. O contra-argumento evidente é: E se as partes estiverem jogando? E se acreditarem piamente que não há resposta certa, mas adotarem a opinião de que o peso da "responsabilidade judicial" e a estrutura prática dos tribunais significam que haverá uma decisão e que, dependendo da qualidade dos argumentos, eles vencerão? Há uma resposta – uma resposta que poderia, a partir da perspectiva jurídico-realista, ser (razoavelmente) previsível. A previsão decorre de seu entendimento "prático" da natureza da prática jurídica. A resposta de Dworkin é igualmente simples: poderia tratar-se muito bem de prática, mas não do tipo de prática que faz do direito o melhor exemplo do tipo de prática que ele é em termos ideais.

A TEORIA INICIAL DE DWORKIN SOBRE A PRÁTICA JUDICIAL VOLTADA PARA A COERÊNCIA COM BASE EM PRINCÍPIOS

O primeiro passo de Dworkin consiste em distinguir entre poder discricionário forte e fraco. O forte ocorre quando as autoridades não estão presas a padrões preexistentes que tenham sido estabelecidos por uma outra autoridade; o fraco ocorre quando o padrão não pode ser aplicado de modo mecânico – há uma necessidade de exame e avaliação do que o padrão significa em um novo caso. Por implicação, no segundo caso não há lacunas na lei; o poder discricionário fraco é necessariamente parte do papel judicial, e é aceitável. É um poder discricionário interno que é limitado pelo direito e, em particular, pelo fato de que todo caso difícil tem uma resposta juridicamente correta. *Donoghue vs. Stevenson* tinha, de fato, uma resposta correta para o caso. A resposta certa ali estava para ser encontrada nos argumentos controversos apresentados pelos advogados e nos princípios contidos nos precedentes. Dworkin parece distinguir as regras e os princípios de duas maneiras bem claras:

(i) as regras operam como um tudo-nada. A regra aplica-se ou não; ao decidir, o juiz examina primeiro o contexto factual, depois o alcance da regra. Os princípios, porém, não operam desse modo "sim ou não". Os princípios têm uma dimensão de peso. Podem aplicar-se em maior ou menor grau;

(ii) as regras nunca podem entrar em conflito; se isso acontecer, uma regra será errada ou inválida. Os princípios podem entrar em conflito e de fato o fazem; eles apontam para considerações diferentes, e a relação entre princípios conflitantes vai depender das circunstâncias do caso específico. Dworkin, por exemplo, reconheceria as máximas eqüitativas como princípios de direito que podem entrar em conflito. A avaliação dos princípios é tarefa que compete à habilidade jurídica, na utilização que der ao efeito sobre o sistema subjacente e o caso em questão.

Resolvendo os casos difíceis

Em seu clássico ensaio sobre os casos difíceis (*Hard Cases*), Dworkin afirma que os juízes devem aplicar um princípio de "consistência articulada" ao determinarem a aplicabilidade de leis e precedentes aos casos polêmicos. Dworkin cria um juiz ideal, Hércules, "um advogado de habilidade, sabedoria, paciência e perspicácia sobre-humanas" (1977: 105) que tem plena consciência de suas responsabilidades constitucionais. Diante de um caso difícil (por exemplo, de um caso constitucional), Hércules elabora algumas teorias políticas que poderiam servir como justificações do conjunto de regras constitucionais que são expressamente relevantes ao problema. Se duas ou mais teorias parecerem ajustar-se igualmente bem – e, desse modo, apontar para resultados contrastantes para o caso –, Hércules deve se voltar para o conjunto remanescente de regras, práticas e princípios constitucionais para criar uma teoria política para a Constituição como um todo. A teoria bem-sucedida irá ajustar-se a todas as regras da Constituição, ou à maioria delas, de modo que as represente como um conjunto unificado e coeso de prescrições e regras que abrangem o comportamento cívico[18].

O mesmo processo se dá na aplicação das leis escritas e do *common law*. Hércules deve "criar um esquema de princípios abstratos e concretos que forneçam uma justificação coerente de todos os precedentes do *common law* e, na medida em que estes devam ser justificados por princípio, também dos dispositivos constitucionais e estatuídos" (1977: 116-7). Os juízes reais devem imitar o comportamento de Hércules tanto quanto possível; Hércules, além do mais, é um reflexo do juiz que aceita e exemplifica a doutrina de responsabilidade política que é inerente ao sistema norte-americano[19]. Essa doutrina requer que o juiz (i) tome decisões que apliquem o direito já existente, porém (ii) o faça de modo que represente o direito como expressão de uma teoria política dotada de coerência interna. Será que todos os juízes aderem a esse processo? Dworkin é claro: nem todos, inclusive nem aqueles que tentam necessariamente aplicar a teoria de constitucionalismo coerente à qual Hércules chegou. A teoria de Hércules "seria mais ou menos diferente da teoria que outro desenvolveria, porque uma teoria constitucional exige julgamentos sobre as complexas questões de adequação institucional, além de julgamentos sobre filosofia política e moral" (*ibid.*: 117). No que diz respeito a essa questão complexa, cada juiz tem suas percepções pessoais e segue teorias institucionais diferentes, mas Dworkin também sugere que algumas dessas teorias e preferências serão superiores, vão ajustar-se melhor à coerência geral do desenvolvimento moral e político da sociedade; contudo,

18. De fato, Dworkin está procurando encontrar a consideração de segundo plano que estrutura a operação ideal da regra de reconhecimento e da regra de prestação jurisdicional de Hart. Dworkin usa como exemplo um jogo de xadrez como um caso difícil. Ele pergunta: a tática usada por um dos enxadristas, sorrir freqüentemente para seu adversário, é uma tática válida ou contraria as regras e, desse modo, permite que seu adversário vença por *forfait* no jogo? A situação não é abrangida pelas regras; de que modo, então, se poderá chegar a uma decisão? Dworkin sugere que o jogo de xadrez tem uma natureza que o árbitro deve respeitar, porém pergunta: como um árbitro sabe que o xadrez é um jogo intelectual, e não um jogo de azar ou uma exibição de balé digital? O árbitro empenha-se em vários cálculos, decisões "conscientes" que remetem ao fato de o juiz interpretar continuamente sua posição e o significado das práticas nas quais está envolvido. "Vistos desse modo, seus cálculos oscilam entre a filosofia da mente e os fatos da instituição cuja natureza ele deve elucidar. (...) O caso difícil coloca (...) uma questão de teoria política. Pergunta o que é justo supor que o jogador fez ao concordar com a regra de *forfait*" (1977: 104-5).

19. "Como todas as autoridades políticas, os juízes são sujeitos à doutrina de responsabilidade política. Essa doutrina determina, em sua forma mais geral, que as autoridades políticas só tomem as decisões políticas que possam justificar segundo uma teoria política que também justifique as outras decisões que elas se propõem a tomar. A doutrina parece inócua nessa forma geral; porém, mesmo nessa forma, ela condena um estilo de administração política que se poderia chamar, segundo Rawls, de intuicionista. Condena a prática de tomar decisões que isoladamente parecem certas, mas que não podem ser incluídas numa teoria abrangente de princípios e políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas" (1977: 87).

como podemos ter certeza disso? Dworkin faz algumas afirmações, mas seus dois pontos cruciais são (i) o papel fundamental que os direitos desempenham no direito moderno e (ii) a idéia de desenvolvimento jurídico como um projeto inacabado de moldar a interação social em forma de uma comunidade de princípios.

DWORKIN E O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA DOS DIREITOS

Em contraste com o positivismo jurídico clássico (ver Bentham, capítulo 8, e Austin, capítulo 9), Dworkin faz a afirmação geral de que, dentro da prática jurídica, a proteção dos *direitos* com base em princípios é mais fundamental do que as considerações políticas ou uma adesão literal a regras aparentemente óbvias. As regras e os princípios jurídicos exprimem e protegem direitos na ordem jurídica, permitindo desse modo que os indivíduos desfrutem de um espaço social seguro e que as minorias não sejam joguetes de cálculos utilitaristas. Os juízes precisam de uma teoria jurídica que lhes permita distinguir claramente entre argumentos baseados na adesão a regras, avaliando princípios, descobrindo direitos e seguindo argumentos políticos contrastantes[20]. Os direitos são trunfos diante das afirmações de que os tribunais devem fundamentar suas decisões em diretrizes políticas (ver *Taking Rights Seriously*, 1977, particularmente capítulos 6, 7, 12 e 13). Esta é uma afirmação normativa: ao decidirem seus casos, os juízes devem demonstrar integridade moral; devem empenhar-se em ser justos com as partes, e isso significa ser fiéis aos direitos legais das partes.

O raciocínio jurídico é uma forma específica de tomada de decisões em que os princípios[21] são mais importantes do que as regras (uma vez que envolvem a estrutura das regras) ou as políticas (ou os objetivos coletivos da sociedade) que devem ser fomentadas pelo Poder Legislativo democraticamente eleito; os princípios[22] são internos ao direito e desenvolvidos pelo Judiciário. O direito deve ser tratado como uma rede inconsútil – os princípios dão à rede uma estrutura que tem a proteção aos direitos como sua racionalidade moral fundamental[23].

20. Dworkin (1977: 82) distingue-os da seguinte maneira: "Os argumentos políticos justificam uma decisão política ao mostrarem que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento a favor de uma subvenção a fabricantes de aviões – que a subvenção vai proteger a defesa nacional – é um argumento político. Os argumentos de princípios justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou garante algum direito individual ou de grupo. O argumento a favor de leis antidiscriminatórias – que uma minoria tem direito a igual respeito e interesse – é um argumento de princípio."

21. "Chamo de 'princípio' um padrão que deve ser observado não porque vai fomentar ou assegurar uma situação econômica, política ou social que se considera desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade, ou de alguma outra dimensão da moralidade" (1977: 22).

22. "Princípios são proposições que descrevem direitos; políticas são proposições que descrevem objetivos" (1977: 22).

23. Os direitos são mais importantes porque se desenvolvem no sistema jurídico através do funcionamento da moralidade política. Nos Estados Unidos, os direitos derivam da Constituição, mas a Constituição se diz uma expressão dos direitos que já existiam antes da elaboração da Constituição. Dworkin diz que o mesmo se aplica ao Reino Unido, mesmo que não exista Constituição escrita. Se tivéssemos tempo para elaborar qualquer problema ou julgamento particular, levaríamos em conta toda a história política que se encontra na base do sistema jurídico que produziu idéias sobre os direitos básicos, por exemplo, os direitos políticos, de propriedade etc. Estes são expressos em forma de regras e princípios, e os pomos em prática quando argumentamos sobre o direito.

Em suma, a "tese dos direitos" dworkiniana abrange as oito proposições seguintes:

1. Todo sistema jurídico estável exprime uma filosofia política dominante, e é isso que confere coerência e unidade ao sistema jurídico.
2. Essa filosofia se exprime nos valores e tradições do direito e é utilizada diariamente no trabalho de desenvolver o direito e decidir os casos – não se trata de uma filosofia puramente acadêmica, mas de uma questão de compromisso (ou integridade) profissional.
3. O sistema político também é formado por princípios jurídicos, e estes exprimem os valores políticos dominantes do sistema. Dworkin reconhece que o desenvolvimento do direito é influenciado pela política, mas esta é uma força externa que atua através da legislação.
4. As regras diferem dos princípios em três aspectos:
   (i) Enquanto as regras são criadas ou destruídas pela legislação ou por criação judicial, os princípios emergem lentamente, às vezes imperceptivelmente, e também declinam imperceptivelmente (por exemplo, o caso *Donoghue vs. Stevenson* – Dworkin diria que o princípio adjacente emergiu de forma gradual, que não foi criado ali, na ocasião). Os princípios são ampliados, apurados, desenvolvidos, aperfeiçoados ou reduzidos em julgamentos posteriores.
   (ii) Os princípios têm uma dimensão de ponderação, de modo que podem ser mais ou menos influentes em qualquer caso dado, enquanto as regras são aplicadas como se fossem um tudo-nada.
   (iii) As regras não podem entrar em conflito; se houver um conflito evidente de regras, uma delas está errada e deve recuar, ou uma regra é uma exceção e surge uma nova regra. Ao contrário, os princípios podem entrar em conflito e dar uma orientação contrária. Esse problema é uma questão de habilidade judicial; o juiz deve avaliar sua importância relativa e tentar descobrir qual princípio é mais importante no caso em questão.
5. Os juízes não exercem, nem podem de boa-fé exercer, um poder discricionário descontrolado ao decidirem qualquer caso, mesmo quando aparentemente não houver regras jurídicas para o juiz aplicar. A tarefa de um juiz num caso difícil consiste em decidir o caso à luz da moralidade política mais ampla do sistema jurídico; no direito norte-americano, isso significará proteger os valores jurídicos fundamentais do sistema.

6. Nos casos difíceis há sempre uma resposta jurídica "certa" a ser encontrada. Por mais difícil que seja essa busca em termos jurídicos, a estrutura do processo argumentativo implica a existência de uma resposta. A tarefa de encontrá-la consiste em considerar as regras e o princípio em interação e mediante o uso da habilidade judicial. Uma resposta jurídica certa seria aquela que afirmasse e protegesse direitos que são explícitos ou implícitos nos valores fundamentais do sistema jurídico. (Pergunta: os direitos ocorreram antes do sistema jurídico? Se assim foi, então os direitos sobrepujam as regras e podem invalidá-las; por sua vez, isso pode nos fazer remontar a alguma noção de direitos originais que já existiam antes da Constituição?)[24]

7. Julgar não é fácil, e em geral os juízes não deixam de cometer erros. O único juiz a não cometê-los seria aquele dotado de sabedoria infinita, que conhecesse toda a história das decisões e tivesse um conhecimento onisciente dos valores políticos de um sistema: em outras palavras, Hércules. Hércules, porém, é apenas um modelo: os juízes reais cometem erros, e Dworkin afirma categoricamente que Hércules é realista no sentido de que constitui a melhor interpretação do verdadeiro raciocínio jurídico.

8. Ainda que somente Hércules possa sempre obter a resposta certa, todo juiz tem obrigação de pretender obtê-la – os advogados são parte desse mesmo projeto. Portanto, os advogados podem criticar os juízes por entenderem mal os princípios, valores e tradições do sistema jurídico. Todavia, apenas os juízes e advogados acham-se envolvidos: os cidadãos comuns também têm voz aqui, como fica particularmente claro na discussão que Dworkin faz do caso da desobediência civil (ver *Levando os direitos a sério*, capítulo 8) e do direito a desobedecer à lei.

O DIREITO COMO PRÁTICA ABERTA DA INTEGRIDADE: OS SONHOS DE *O IMPÉRIO DO DIREITO*

Em seu texto principal, que ele define como uma reformulação de sua obra geral, a afirmação metodológica de Dworkin consiste em "adotar o ponto de vista do participante interno" (*ID*: 14). Ele fundamenta sua teoria jurídica madura numa crítica do positivismo jurídico (com, ou assim ele o diz, sua idéia simplista dos fatos evidentes) e sua substituição por uma teoria da interpretação; mas também se declara insatisfeito com as análises teórico-sociais do direito que chama de análises "externas". Sua análise será interna, e nela ele tenta apresentar uma interpretação da prática jurídica centrada nos tribunais e na idéia do direito como argumentação.

Nessa obra, Dworkin concebe o direito como um fenômeno muito mais fluido e aberto do que o fizera anteriormente. Sua preocupação com o conceito de uma resposta certa é transposta para uma preocupação com a metodologia certa da tomada de decisões. Essa estratégia reflete movimentos mais amplos dentro da metodologia das ciências sociais, e é semelhante aos movimentos de pensadores tidos como pós-modernos, como Lyotard, que substitui a busca modernista de justiça por uma preocupação pós-moderna com o "justo agir" (ver *Just Gaming*, 1985). Dworkin, porém, não abandona suas bases kantianas; sua incorporação de movimentos epistemológicos pragmáticos parece pouco entusiástica. Ele se concentra na natureza da argumentação jurídica e da prática jurídica, optando por quatro casos preferenciais: três norte-americanos – o famoso *Riggs vs. Palmer*, do século XIX, *Snail Darter*, de 1973, e o caso *Brown*, de segregação racial – e um inglês, o caso *McLoughlin*. Em todos, Dworkin argumenta que os juízes que foram fiéis à "verdade" do direito rejeitaram quaisquer sugestões de considerações políticas e, ao contrário, empenharam-se em resolver a questão por meio da determinação do que era o verdadeiro direito. Embora houvesse divergências em cada caso, para Dworkin os argumentos remetiam à busca do direito; não apenas uma busca da resposta certa, mas da *resposta jurídica certa*.

Em *Riggs vs. Palmer* (discussão em *ID*: 15-20), pediu-se ao Tribunal de Recursos de Nova York (1889) que determinasse se o fato de Elmer Palmer ter assassinado o avô por envenenamento significava que ele não tinha direito à herança de seu avô[25]. O avô – que fizera um testamento favorável a Elmer – casara-se de novo havia pouco tempo, e Elmer temia que ele alterasse o testamento em favor da esposa, deixando-o sem nada. Decidido a impedir que isso acontecesse, ele envenenou o avô e foi então condenado a dez anos de prisão. Poderia ser o legatário? Não havia nada na lei que explicitamente impedisse que os assassinos fossem herdeiros daqueles a quem haviam assassinado. A maioria do tribunal achava que as regras ordinárias, aquelas que se aplicariam numa interpretação "literal" da lei, não deviam aplicar-se naquele caso – que é notável tanto pelo tempo gasto em discutir-se a interpretação quanto por seu resultado concreto. O juiz Earl, que estabeleceu a decisão majoritária, foi claro em sua afirmação de que "literalmente interpretadas, e se sua força e seu efeito não puderem, de modo algum e em nenhuma circunstância, ser controlados ou modificados", as leis e as regras relativas aos efeitos dos testamentos "dão a propriedade ao assassino". Contudo, o juiz Earl decidiu, nos termos de uma teoria de "interpretação racional" ou "interpretação eqüitativa", que a consideração importante devia estar não nas palavras, mas nas intenções dos legisladores: "eles jamais poderiam ter tido a intenção de que um legatário que assassinou o testador a fim de fazer vigorar o testamento pudesse beneficiar-se deste". Portanto, argumentava Earl, "não precisamos (...) nos preocupar muito com a linguagem contida nas leis; em vez disso, os juízes deviam empregar 'máximas fundamentais do *common law*', que são máximas "ditadas pela política pública, têm suas bases no direito universal apli-

24. Guest (1992: 7) resolve essa busca de fundamentação relatando como, quando estudante em Oxford, no primeiro seminário do qual participou, Dworkin simplesmente afirmou: "Como vocês verão, acredito na existência de direitos jurídicos naturais."

25. *Riggs vs. Palmer*, 115 NY 506, 22 NE 188 (1889); discutido em Dworkin, *Law's Empire* 15-20; uma discussão aprofundada pode ser encontrada em Kim Lane Schepple (1991: 42-77).

cado em todos os países civilizados e não foram, em parte alguma, superadas pela lei escrita". A máxima aplicável era clara: "A ninguém se permitirá (...) beneficiar-se de seu próprio erro." Assim, Elmer foi impedido de receber a herança.

Em voto dissidente, o juiz Gray sustentou uma concepção diferente de sua posição constitucional. A lei era clara: "nenhum testamento escrito, exceto nos casos daqui por diante mencionados, nem nenhuma parte daquele, será de outro modo revogado ou alterado" (citado no julgamento de Gray, 517). Desse modo, ele sustentou que um juiz não podia interpretar um significado em desacordo com regras claramente enunciadas:

> Se eu acreditasse que a decisão (...) pudesse ser afetada por considerações de natureza eqüitativa, não hesitaria em afirmar as concepções que se recomendam à consciência. A questão, porém, não pertence ao domínio da consciência. Somos presos a regras jurídicas rigorosas (*ibid.*: 515).

Dworkin diz, simplesmente: "Os pontos de vista do juiz Earl prevaleceram. Outros quatro juízes acompanharam-no em sua decisão, enquanto o juiz Gray só conseguiu encontrar um aliado" (*ID*: 20). Devemos notar, porém, que muito embora Dworkin não mencione o fato, uma forte linha subseqüente de opiniões emitidas por especialistas sustentou que o juiz Gray estava certo, e que o juiz Earl se havia engajado numa "interpretação espúria" que configurava um caso de criação de direito não autorizada[26].

Tratar-se-ia de criação de direito judicial? Dworkin é claro: "todos os juízes concordavam que suas decisões deveriam ser tomadas de acordo com o direito. Nenhum deles negava que se a lei sucessória, devidamente interpretada, desse a herança a Elmer, eles deveriam ordenar ao inventariante do espólio que assim procedesse". Os juízes divergiram quanto ao sentido da lei; estavam preocupados com uma concepção profunda do direito. Divergiram quanto "à verdadeira natureza do direito, àquilo que determina a legislação quando devidamente interpretada" (*ID*: 16). Será evidente, porém, que é fácil interpretar a lei? O juiz Gray não teve problema algum. Dworkin faz uma distinção crucial entre a lei – enquanto papel e tinta que denotam palavras – e a "verdadeira lei"[27]. A verdadeira lei é um construto idealista, uma concepção de uma realidade mais profunda do que a lei empírica das páginas e das palavras. Dworkin afirma ter chegado a essa distinção através da opinião do juiz Earl, que parecia distinguir entre o texto, ou a "letra" da lei, e a "lei" em si.

O caso constitui um texto fundamental para a concepção dworkiniana da prática jurídica. Uma vez que o voto vencedor foi o de que "como o direito, em outras partes, respeita o princípio de que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro, deve-se entender que a lei sucessória nega o direito de herança a alguém que matou para obtê-la" (*ibid.*: 20), parece que a maioria do tribunal lidou com as regras colocando-as no contexto de princípios mais amplos do *common law*, que têm maior "peso" ou constituem um direito mais forte do que as regras. Contudo, também podemos encontrar nessa situação o princípio de que, ordinariamente, a obediência às regras que conferem uma disposição válida significa que o testamento deve ter seu cumprimento determinado pelos tribunais – na verdade, um dos juízes que divergiram da decisão majoritária agiu desse modo, argumentando que se sentia obrigado por tal princípio a fazer cumprir o testamento[28]. Dworkin só se refere de passagem a princípios conflitantes, mas poderia simplesmente afirmar que os princípios freqüentemente entram em conflito, e que a maioria do tribunal achava que um princípio tinha maior peso que o outro. Assim, encontramos um princípio fortemente arraigado de *common law* em conflito com o princípio de que as regras das leis escritas sejam postas em execução. De novo, a questão deve ser resolvida pelos critérios de "ajustamento" e "substância", ou "peso", no contexto da mais ampla concepção de direito que Hércules elabora[29].

No caso *Snail Darter*, a Suprema Corte (1978) ordenou a interrupção das obras de uma barragem quase pronta, que já consumira cerca de 100 milhões de dólares,

26. Roscoe Pound (em "Spurious Interpretation", 1907, citação e discussão em Scheppele, 1991: 46-7) afirma que a opinião majoritária era "especulação judicial" a propósito da qual o juiz "coloca um significado no texto, do mesmo modo que um prestidigitador coloca moedas, ou o que quer que seja, nos cabelos de um tolo, para depois retirá-las com ares de quem as estivesse descobrindo ali pela primeira vez. É um processo essencialmente legislativo, e não judicial". Para Pound, o tribunal deve interpretar as leis como elas são e esperar que o Legislativo altere o direito.

27. "(...) os juízes que têm diante de si uma lei devem interpretar a 'verdadeira' lei – uma afirmação de que a lei estabelece diferenças para os direitos de diferentes pessoas – a partir do texto do *Diário Oficial*. Assim como os críticos literários precisam de uma teoria operacional, ou pelo menos de um estilo de interpretação, para interpretar o poema por trás do texto, os juízes também precisam de algo como uma teoria da legislação para fazer valer o mesmo com relação às leis" (ID: 17). Contudo, o uso da crítica literária por Dworkin é muito limitado; a crítica marxista ou a desconstrução passa ao largo de seus poemas.

28. Quando Benjamin Cardozo discutiu o caso, ele declarou: "Havia o princípio da força obrigatória de um testamento ao dispor do patrimônio de um testador em conformidade com a lei. Esse princípio, levado aos limites de sua lógica, parecia defender o direito do assassino. Havia o princípio segundo o qual os tribunais civis não podem aumentar os castigos e penalidades de crimes. Isso, levado aos limites de sua lógica, parecia, de novo, defender o direito dele. Mas havia um outro princípio em oposição a esse, princípio de maior generalidade, com raízes profundamente firmadas em sentimentos universais de justiça, o princípio de que nenhum homem deve beneficiar-se de sua própria iniqüidade ou tirar vantagem do próprio delito. A lógica desse princípio prevaleceu sobre a lógica dos demais" (*The Nature of the Judicial Process* [A natureza do processo judicial], 1921: 41; citado em Scheppele, 1991: 48). Qual é, porém, esse mecanismo para se decidir como deveria prevalecer? Para Cardozo, assim o era "porque o interesse social atendido ao não se permitir que o criminoso se beneficie de seu crime é maior do que aquele atendido pela preservação e aplicação dos direitos legais de propriedade". Mas isso não responde à pergunta, uma vez que agora precisamos de um critério para entender a hierarquia dos interesses sociais. É por isso que o contínuo movimento para fora na análise holística de Dworkin atrai tanto interesse. Em termos ideais, o juiz dworkiniano pode explicar a base sustentada por princípios de sua hierarquia.

29. Segundo outra interpretação, o Judiciário simplesmente não quer que uma pessoa se beneficie de seu próprio delito e usará qualquer tática que lhe esteja ao alcance para impedir que isso aconteça. Antes de *Riggs vs. Palmer*, a doutrina da perda de direitos civis teria abrangido a questão. *Riggs vs. Palmer* só foi questionado sete anos depois de decidido, e dessa vez a ficção de um fideicomisso presumido foi usada para impedir que o assassino fosse o herdeiro. Com o tempo, a lei foi especificamente emendada para impedir que a questão se colocasse. Ver discussão em Scheppele (1991).

em favor da proteção legal ao *snail darter* – "um peixe de 7,5 cm, sem nenhuma beleza, interesse biológico ou importância ecológica especiais" (*ID*: 21) – nos termos da Lei das Espécies Ameaçadas, de 1973. Dworkin encontra aí mais um caso de "fidelidade" à lei, um exemplo de juízes empenhados em "decidir que lei é criada por um determinado texto promulgado (...) quando [os congressistas] tinham as mesmas crenças e intenções" que os juízes admitiam que eles tinham. Nesse caso, a maioria adotou uma teoria de interpretação das leis por meio da qual os juízes, ao interpretarem uma lei, devem respeitar as intenções dos legisladores; a política de proteger as espécies ameaçadas era a consideração de fundo que estruturava a intenção de proteger o *snail darter*[30].

O caso *Brown* dizia respeito ao efeito substantivo da expressão "igual proteção": a questão consistia em saber se tal expressão permitia que nas escolas houvesse serviços e instalações iguais, porém separados, para os norte-americanos negros. No caso *Brown*, os juízes foram instados a considerar a tradição de interpretar a Constituição e as teorias de igualdade racial. Dworkin coloca a questão jurídica como uma questão política: qual teoria de igualdade racial era endossada pela Constituição? Os juízes examinaram o antigo caso de *Plessy vs. Ferguson* à luz de testemunhos sociológicos concretos a propósito da igualdade do tratamento na prática.

O caso de *McLoughlin* oferece um exemplo das possibilidades de diversas interpretações, assim como um exemplo da rejeição, pela Câmara dos Lordes, da estratégia do Tribunal de Recursos que havia decidido expressamente distinguir entre os precedentes relevantes que envolviam a questão em bases "políticas". Embora todos os juízes da Câmara dos Lordes concordassem com um novo julgamento, seus julgamentos ofereciam diferentes razões; mas Dworkin afirma que dois juízes argumentavam que os argumentos políticos do Tribunal de Recursos configuravam tipos errados de raciocínio[31]. Dworkin coloca seus argumentos da seguinte maneira:

> Os precedentes devem ser vistos como diferenciáveis somente se, por alguma razão, os princípios morais admitidos nos casos anteriores não se aplicassem da mesma maneira ao pleiteante (*ID*: 28).

30. Quase no final do livro, Dworkin (*ID*: 338-9) apresenta sua interpretação do que a integridade exige nessas situações: "A integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com o conjunto da legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem. Uma vez que Hércules está agora justificando uma lei, e não um conjunto de precedentes do *common law*, a restrição particular que identificamos [em nossa discussão anterior do *common law*] não mais se mantém: ele deve levar em consideração tanto as justificativas políticas quanto as de princípio e, em alguns casos, poderia ser problemático decidir qual forma de justificativa seria mais apropriada."

31. De novo, o crítico diria que Dworkin está interpretando seletivamente seu caso. Somente lorde Scarman fazia lembrar um dworkiniano.

Depois de determinar que o direito é constituído por diferentes padrões, políticas, regras e princípios, como saber de que modo estes se relacionam entre si? Esta é uma questão dos valores políticos de uma determinada sociedade, e o modo diferente de um juiz postulá-los depende da filosofia política por ele adotada.

Dworkin é claro quanto aos valores políticos com os quais está comprometido. Sua filosofia prefere a abordagem com base em direitos a uma abordagem que privilegie os cálculos utilitaristas. Dado o fato de que uma sociedade comprometida com o utilitarismo (ou com a maximização da riqueza) poderia sacrificar as minorias se o nível geral de bem-estar fosse maior, ou acabar com os interesses individuais em nome de objetivos comunitários, Dworkin impõe restrições ao utilitarismo através da idéia dos direitos como trunfos (explicada, por exemplo, em 1977: xv). A posse de direitos permite que as pessoas sejam tratadas como iguais[32]. A proteção dos direitos individuais é um papel fundamental do Judiciário.

FILOSOFIA DO DIREITO E ATITUDE JUDICIAL

Por sua condição de profissional do direito, um advogado ou juiz converte-se numa atividade moral. A natureza argumentativa do direito e a natureza inconclusa do direito e da atuação jurídica determinam que os advogados e juízes são parte de um processo ininterrupto; o modo como abordam suas tarefas é crucial. Para Dworkin,

> Os juízes geralmente admitem o dever de observar, em vez de descartar, a prática pela qual optaram. Portanto, desenvolvem, em resposta a seus próprios instintos e convicções, teorias funcionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades em face de tal prática (*ID*: 87).

Isso significa que sua teoria do direito e seu acervo de entendimentos da natureza do direito e da prática jurídica são de importância crucial, pois é isso que vai lhes dar as idéias e os recursos necessários para levarem a cabo sua tarefa.

O DIREITO COMO PROJETO INCONCLUSO: O PAPEL JUDICIAL E A ESCRITA DE UM ROMANCE EM CADEIA

Em *O império do direito*, Dworkin desenvolveu suas idéias sobre a interpretação, a função judicial e a natureza complexa do projeto jurídico na sociedade moderna.

32. *Atenção*: isso é diferente da adesão comunista ao princípio de tratar as pessoas como iguais. Tratar as pessoas como iguais pode significar a alocação, a cada uma delas, de uma porção similar de recursos. Tratar as pessoas como iguais significa que elas têm direitos iguais ao amor-próprio, à integridade pessoal, ao acesso à educação e demais coisas do gênero. É mais uma questão de tratar as pessoas como indivíduos. Para Dworkin, os indivíduos têm direitos, e esses direitos não devem ser atropelados em nome dos objetivos sociais aos quais devem servir.

Ele agora argumenta que "os enunciados jurídicos são juízos interpretativos e, portanto, combinam elementos que parecem mover-se para trás e para diante; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma narrativa em processo de desenvolvimento" (*ID*: 225). O que surpreende é a ligação entre o projeto de Dworkin e a noção implícita de modernidade enquanto projeto[33]. Dworkin reinterpreta o processo como um trabalho de individuação, direitos e criação de uma "comunidade de princípios" liberal. Os modernos cidadãos do Estado não são meros sujeitos, mas sim cidadãos portadores de direitos; o sistema jurídico os envolve, atua como intermediário e firma sua posição no corpo social. Sem uma imagem de integridade, tendemos a nos desviar de nosso caminho – e a modernidade irá ver-se trôpega no processo.

Portanto, Dworkin pode argumentar que seu juiz-modelo, Hércules, pode interpretar a obra dos marxistas ou dos proponentes dos Estudos Jurídicos Críticos (que vai buscar partes específicas do direito ou da doutrina jurídica nos interesses e ideologias que originalmente introduziu cada um deles no direito, ou que os moldava e conservava) para lembrar-se de que, na natureza empírica do processo legal, não há nada de inerente que determine o sucesso. Talvez Dworkin esteja compartilhando a concepção pós-moderna de que não existe nenhum grande fluxo fundamental subjacente que estruture o empenho humano, nenhum "direito natural" a ser encontrado. Ao contrário, a tarefa de Hércules é diferente: ele deve impor ordem à doutrina – deve dar sentido ao passado de modo que o projeto possa ser reinterpretado e revitalizado para o futuro.

O desenvolvimento jurídico só é compreendido por meio da narrativa. Para facilitar nosso entendimento da interpretação jurídica ou judicial, podemos usar uma analogia com a interpretação da literatura. Vários objetos estão envolvidos na crítica de um romance: tema, enredo, nível de coerência, caracterização. Dworkin diz que os críticos juristas precisam empregar critérios semelhantes ao refletirem sobre o que é o direito e de que modo se desenvolve. A diferença é que a esses críticos nada se apresenta em seu estado final. Dworkin acha que a doutrina do precedente é semelhante à construção de um romance em cadeia, uma situação em que vários autores escrevem um livro que nunca é concluído. Qual é a obrigação do segundo autor? Escrever alguma coisa que esteja de acordo com o primeiro capítulo e acrescente material novo. Dworkin sugere que a obrigação judicial é semelhante. Da mesma maneira, porém, queremos que os juízes atuais partam de onde os juízes decidiram há cem anos. Deve haver continuidade. Portanto, a arte consiste em criar um sutil equilíbrio entre acrescentar algo que é novo e propiciar a continuidade. Estamos contando a história do desenvolvimento de nossa sociedade – uma narrativa do avanço de nossa sociedade na modernidade.

33. Assim, podemos ver Dworkin interpretando a natureza atual do papel da legalidade na modernidade; fundamentalmente, enquanto o positivismo jurídico sob Bentham e Austin teve o efeito de colocar o direito como instrumento de progresso social submetido às injunções da associação política a ser direcionada para a busca de objetivos políticos e estabilizada pelo princípio externo de utilidade, nós perdemos a fé em tal processo.

Em qualquer etapa existem dilemas – exige-se equilíbrio. Pode-se dar muito crédito ao passado, ou avançar rápido demais na busca de algum objetivo comunitário, prejudicando, desse modo, o que já foi construído. Existem duas tentações:

(i) *Convencionalismo* (*ID*: cap. 4). O direito pode ser descoberto por meio da aplicação de textos convencionalmente estabelecidos (em essência, a abordagem jurídico-positivista de encontrar o direito através de uma regra de reconhecimento). Enquanto, por um lado, o convencionalismo faz justiça a decisões políticas do passado e garante a previsibilidade, por outro erra muito em favor do aspecto de continuidade; não há movimento para diante.

(ii) *Pragmatismo* (*ID*: cap. 5)[34]. O direito é descoberto ao se encontrar o que é justo para o caso em mãos, levado por objetivos comunitários: "As pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a decisão judicial, que é tudo somado, melhor para a comunidade como um todo, sem se considerar nenhuma decisão política do passado." O juiz, conquanto aprecie as diretrizes políticas, é transformado num legislador. O que é o "justo"? A justiça parece arbitrária, produto do mais recente modismo das ciências sociais. De novo, Dworkin argumenta que o pragmatismo não se amolda exatamente à realidade da prática jurídica[35]. Embora o pragmatismo ofereça flexibilidade, não mantém seu compromisso com o núcleo essencial da legalidade na proteção aos direitos.

> O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério os direitos jurídicos. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria melhor o futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos jurídicos são apenas os auxiliares de um melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes (*ID*: 160).

Num movimento semelhante ao de Lon Fuller[36], Dworkin opta por uma abordagem do direito como integridade: esta é a abordagem que melhor se ajusta a uma "comunidade política". Portanto,

34. O objetivo, para Dworkin, são movimentos como o do direito e economia e, possivelmente, o realismo jurídico, com sua ênfase nos interesses sociais.

35. Dworkin afirma que o pragmatismo tem direito a mais respeito do que o convencionalismo, porque se trata de uma teoria interpretativa do direito; poderíamos ver o realismo jurídico como "fatos sobre a prática jurídica, mais bem descritos e com menos veemência". Ele admite que os juízes poderiam estar perseguindo objetivos sociais sob o disfarce do uso da retórica dos direitos – empregando uma linguagem dos direitos *como se* –; portanto, os juízes, de um modo geral, decidem os casos como se estivessem defendendo direitos existentes. Alguns "pragmatistas" argumentam que pode ser melhor servir aos interesses da comunidade se se considerar que alguns direitos estão arraigados e são difíceis de desalojar (*ID*: 154-5).

36. Consideremos os três temas de Lon Fuller (1969): 1. Uma moralidade de aspiração que argumenta que a sociedade humana e as aspirações humanas, inclusive o direito, devem empenhar-se em alcançar a ex-

> O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam descrições factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma narrativa política em processo de desenvolvimento (*ID*: 225).

Em contraste com os teóricos da questão de fato, Dworkin considera que o direito é mediado pela teoria moral; em contraste com o pragmatismo, considera a teoria moral relevante como algo incrustado em decisões do passado.

Em última análise, a moralidade de aspiração dworkiniana é o desejo de tornar-se uma comunidade de princípios, a integridade é a moralidade intrínseca ao direito, e a imagem que ele cria do sistema jurídico é uma imagem de constante comunicação – de argumentação[37]. A chave é a integridade, uma virtude política específica que não seria necessária num Estado utópico, mas que

> (...) pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional que determina que o direito, na medida do possível, seja visto como coerente nesse sentido (*ID*: 176).

A integridade liga as aspirações comunitárias e as preocupações profissionais individuais. O juiz é instado a analisar e interpretar os direitos jurídicos de uma maneira específica:

> O princípio jurisdicional de integridade ensina os juízes a identificar os direitos e deveres jurídicos, na medida do possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, exprimindo uma concepção coerente de justiça e eqüidade (*ID*: 225).

A integridade, a moralidade interna do direito, especifica que

> (...) as proposições de direito são verdadeiras se constarem (ou decorrerem) dos princípios de justiça, eqüidade e processo legal justo que fornecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Dworkin nos afasta da concepção de direito oferecida pelas variedades de positivismo jurídico (as imagens da questão de fato). Não estamos mais sendo con-

celência; 2. A legalidade deve ter uma moralidade interna, isto é, alguns processos e formas que a tornem verdadeiramente jurídica; 3. É impossível exprimir a verdade última da condição humana; portanto, a comunicação, o contar histórias, as narrativas e a expressão das coisas constituem o processo que, em última instância, o direito deve criar e defender.

37. Todavia, na estrutura de sua esfera interpretativa ele impôs limites rigorosos às modalidades permitidas de discurso. Desse modo, ele pode ser mais limitado do que Fuller.

duzidos para uma teoria do direito que tenta descrever o sistema jurídico de modo friamente científico e objetivo (Austin, Bentham, Kelsen, Hart). Dworkin exige a "interpretação construtiva". Isso significa que chegamos a uma posição teórica em que não há diferença entre descrição e interpretação? Sem dúvida, não podemos ser observadores imparciais do que é o direito – "O direito como integridade deplora o mecanismo da antiga concepção de que 'a lei é a lei'", mas tampouco vamos adotar a concepção externa –, porque ela também deplora "o cinismo do 'realismo' mais novo". O direito é continuamente trabalhado no processo de interpretação em que juízes e advogados estão envolvidos. É impossível encontrar textos pseudocientíficos sobre a natureza do direito. Se o direito é sempre uma questão de interpretação, segue-se que os que determinam o que é o direito são todos aqueles que se encontram dentro da ordem jurídica. Basicamente, isso significa juízes, mas também envolve pessoas comuns. A imagem do direito oferecida por Dworkin é a de uma ampla conversação ou debate em que pessoas com conhecimentos jurídicos argumentam sobre a existência ou não dos direitos. Todas podem tentar dizer quais são as respostas jurídicas certas em determinada situação. Dworkin diz que nem sempre encontraremos a resposta jurídica certa: a habilidade judicial não é boa o suficiente, mas o aspecto crucial da questão está em argumentar; o direito é uma atitude argumentativa. Porém, na estrutura de nossa decisão de argumentar está implícito que existe um direito a ser descoberto.

OBJEÇÕES E CRÍTICAS A DWORKIN

(i) Esta é mais uma concepção interna do direito que se empenha em desenvolver o significado deste a partir dos relatos de advogados e juízes, levando-se em conta o posicionamento desses relatos nos processos sociais e históricos; ao contrário, Dworkin adota uma política deliberada de silenciar os pontos de vista contrários, isto é, não-filosóficos. Uma vez mais, isso prende a teoria jurídica à ideologia do sistema – em última instância, não há "objetividade" alguma, uma vez que estamos presos à tarefa de fornecer a "interpretação mais construtiva";

(ii) na verdade é prescritiva, e não descritiva. Uma teoria sobre o que o direito e a tomada de decisões judiciais deveriam ser, e não sobre o que são na realidade. Dworkin responde afirmando tratar-se de uma descrição do que é melhor na prática jurídica, um relato estrutural do que é inerente à natureza da prática jurídica. Qual o critério para a "interpretação mais construtiva"? Isso é respondido pela moralidade política de Dworkin – portanto, não é essa teoria a imagem dworkiniana do direito e da sociedade que ele quer que todos compartilhemos?

(iii) Hércules é um mito, ou, pior ainda, um hipócrita. Embora os juízes às vezes possam soar como Hércules, eles estão apenas disfarçando seus verdadeiros motivos. Dworkin responde afirmando que Hércules é um modelo da melhor prá-

tica. Além disso, fica claro que alguma prescrição está ligada à prática da teoria jurídica normativa; parte da tarefa da filosofia do direito consiste em perguntar e encontrar padrões para o que é permissível e desejável no ato de julgar. Estamos aqui preocupados com questões de justificação e legitimidade na tomada de decisões, e não em simplesmente descrevê-la, como um observador externo pode estar tentando fazer;

(iv) comentaristas céticos afirmam que é impossível encontrar qualquer descrição coerente e integrada de valores políticos e morais subjacentes a uma sociedade como a dos Estados Unidos. Em vez de princípios conflitantes que possam ser reconciliados pela melhor interpretação construtiva, os céticos vêem incoerência e contradição;

(v) e se a busca de uma narrativa coerente da moralidade política resultar numa moralidade que o juiz não possa aceitar – a legislação do *apartheid* será, de fato, direito, a expressão da moralidade política da comunidade e, portanto, deve o juiz empregá-la em novas decisões?

(vi) a implicação que se extrai da obra de Dworkin é que a verdadeira pesquisa empírica é necessária para se determinar se uma descrição sociológica da realidade da prática jurídica e da "comunidade jurídica", da "estrutura e ambiente da comunidade interpretativa", revela se as interpretações profissionais coletivas do direito realmente ocorrem e nos mostra o que – se é que alguma coisa – as torna possíveis. Como afirma Cotterrell:

> Dworkin escreve muito sobre a comunidade enquanto base do direito e sobre o modo de se conceitualizá-la, mas nunca oferece uma análise das verdadeiras condições sociais sob as quais uma comunidade pode existir, ou do que o conceito significa quando associado a padrões concretos da vida social, ou das circunstâncias políticas e sociais específicas em cujo contexto é útil pensar o direito como expressão de valores comunitários.

Cotterrell (1989: 172-81) desconfia que a defesa dworkiniana da integridade da prática jurídica só funciona devido a uma rigorosa separação entre perspectivas "internas", as descrições dos profissionais militantes, e perspectivas "externas", como o conhecimento sociológico. Na verdade, porém, o cuidado com que Dworkin arremata sua teoria não funciona, como veremos a seguir.

A INTERPRETAÇÃO REVISITADA, OU: SERÁ DWORKIN UM IMPERIALISTA INTERPRETATIVO?

> Quando lhe disseram que o mundo ficava sobre as costas de um elefante e que este, por sua vez, ficava sobre as costas de uma tartaruga, [um inglês] perguntou: "E sobre o quê fica a tartaruga?" – "Sobre outra tartaruga". – "E essa tartaruga?" – "Ah, Sahib, depois dessa vêm tartarugas que não acabam mais" (Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures*, 1973: 29).

Oficialmente, Dworkin é o crítico mais severo (amigavelmente) do positivismo jurídico contemporâneo. Sua posição explícita é a de deixar para trás o positivismo – definido como uma teoria jurídica que baseia ou institui seu conhecimento da prática jurídica numa concepção do direito de "fato manifesto" – em favor da "interpretação construtiva"; contudo, o que oferece a base de seu projeto?

O projeto de Dworkin tem por base uma distinção crucial: aquela que existe entre os *fundamentos* das proposições e sua *força*. Sua posição é simples: as teorias de teoria jurídica anteriores enfatizaram os fundamentos do direito ou as proposições para as quais reivindicam o *status* de direito – enquanto negligenciaram a força (moral, política) envolvida na afirmação de que tal e tal proposição deve ser aplicada como uma parte válida do universo jurídico[38].

Trata-se de uma distinção extremamente interessante. Qual é a base do apelo dessa força? Ou, dito de outra forma, qual é a força que ativa essa força? Duas interpretações nos ocorrem: (i) a tradição da racionalidade kantiana ou (ii) a atração da retórica nietzschiana.

A primeira acena para a tradição da intuição e para o argumento de que as proposições que nos "impressionam" por serem corretas de algum modo se beneficiam desse fato. Na tradição kantiana, partirmos de dois pressupostos: o primeiro, de que há racionalidade inerente a nossas crenças sociais, ou aos padrões de crença necessários para se criar uma prática – como a matemática –; o segundo, que aceitamos os fundamentos de nossos egos racionais. Em resultado dessa combinação, acreditamos que nossa subjetividade pode ser controlada por nossa natureza racional; ou, dito de outra forma, que o cerne de nossa racionalidade impõe limites a nossa subjetividade. A universalidade de nossa racionalidade nos permite ter confiança em nossa capacidade humana de criar instituições universais (como o projeto de legalidade) a partir de (nossa) diferença (social) e identificar a racionalidade sob a indiferença. No *Império do direito*, Dworkin repete várias combinações desse tema. O kantiano, porém, se baseia numa metafísica racional, em nossa aceitação de que é significativo falar sobre um direito para além do direito, do direito que se faz puro, porque precisamos do "fato metafísico numenal" do direito puro como o objeto que estamos tentando alcançar, um fenômeno ideal do qual a verdadeira prática representa apenas uma tímida imagem. Ora, Dworkin faz referências a essa estrutura de crença, mas nega que seu esquema necessite dela, porque fazê-lo iria deixá-lo suscetível às contestações dos céticos externos.

Terá então Dworkin se aliado a Nietzsche na busca da vontade de potência? Terá criado uma interpretação da legalidade liberal capaz de reenergizar o sistema de legalidade liberal cuja base na verdade corresponde a nossas intuições (liberais) e a nossos sentimentos subjetivos? É fácil acreditar nisso... Ler *O império do direito* é

38. "As filosofias do direito são (...) geralmente teorias desequilibradas do direito: remetem sobretudo aos fundamentos, e praticamente silenciam sobre a força do direito" (*ID*: 111).

aliar-se a alguém que escreve como um nietzschiano – um nietzschiano liberal sincero, decidido a combater o niilismo e derrotar o desencanto jurídico ao criar, com grande poder de sedução, uma concepção interpretativa de legalidade jurídica. Como que repetindo o comentário de Nietzsche de que "o mundo real vira uma fábula", Dworkin descreve o desenvolvimento jurídico em termos de um romance em cadeia![39] Além disso, a aceitação da teoria torna a prática semelhante ao que a teoria pretendia desenvolver! Isso é perfeito pragmatismo (o termo não é usado em nenhum sentido pejorativo). Só Dworkin não fala assim; ele se recusa a ser um neonietzschiano. Afirma estar revelando a verdadeira natureza do direito – será Dworkin, então, um verdadeiro positivista?

Muitos críticos acreditam que Dworkin quer ter o melhor tanto do positivismo quanto da interpretação; ele quer a certeza que o positivismo procurava, ao mesmo tempo que desfruta da liberdade construtiva que a interpretação parece oferecer. O problema de Dworkin é que em geral se considera que a "guinada interpretativa" implica que devemos abandonar a aceitação de alguma concepção universal do direito (tradicionalmente almejada por aqueles que ofereceram uma resposta à pergunta "o que é o direito?"). Como diz Gadamer: "Em vista da natureza finita de nossa experiência histórica parece haver algo de absurdo na idéia toda de uma única interpretação correta" (1975: 107; também citado em Douzinas *et alii*, 1992, em sua discussão crítica da fragilidade das idéias de Dworkin sobre a interpretação)[40].

39. Em *O crepúsculo dos ídolos*, Nietzsche descreve de que modo o "mundo real" se transformou numa "fábula". A longa jornada do mundo das idéias platônicas para o mundo criado do cristianismo e para o *a priori* kantiano, passando pelo pressuposto da incognoscibilidade, a idéia de que, por sob a "realidade", existe uma estrutura que é absoluta, verdadeira, e que pode servir como fonte de certeza para a epistemologia, e de normas para a moralidade, fenece quase até a dissolução. O mundo real torna-se uma questão de nossas histórias, nossas interpretações, nossas perspectivas; não existe nenhum modo de comprovar a estrutura. Contudo, com o desaparecimento do mundo real, o mundo aparente também deve ser objeto de suspeição. Que direito temos de confiar nos relatos cotidianos, nos usos lingüísticos e nas explicações de sua prática que nos são oferecidos pelos participantes? (Observe-se: tanto Hart quanto Dworkin parecem fazer exatamente isso.) Ou somos verdadeiros para com nossos pressupostos e declaramos que é esse o resultado pragmático de nossa metodologia e desses "dados", ou tentamos ocultar o problema na esperança de ganhar o público com a força de nossas histórias.

40. Os especialistas podem estar questionando esse comentário demasiado breve sobre a interpretação. A hermenêutica contemporânea convive com as conseqüências da guinada interpretativa, isto é, com o fato de que a interpretação se move num círculo inevitável. Em última análise, a autoridade reside na tradição da interpretação e da capacidade de extrair o significado das relações entre os praticantes da tradição e seu mundo vivido. Como argumenta coerentemente Gadamer – tido como fundador da moderna hermenêutica –, "a hermenêutica tradicional" tentou limitar o horizonte da interpretação. Era uma teoria do conhecimento que envolvia afirmações objetivistas e psicológicas cujo objetivo era apreender as intenções objetivas do significado. Pretendia revelar a verdade das intenções dos participantes de uma prática – como a interpretação da Bíblia – que seria a atividade fundamental para a tradição judaica ou cristã. Assim, precisava de uma idéia implícita ou explícita de um "objeto pré-interpretativo" puro que existisse independentemente da interpretação. Santo Agostinho pode ter visto seu papel como o de interpretar o significado da vontade divina e a relação entre o homem e essa vontade; o significado do direito era, então, parte da interpretação mais ampla do significado da criação divina. A hermenêutica contemporânea perde a certeza de uma intuição filosófica abrangente; seus proponentes não podem reivindicar o valor absoluto de suas afirmações e devem reconhecer a finitude de todo conhecimento no contexto do homem na história.

A hermenêutica exige uma profunda sensibilidade diante das diferentes maneiras de arranjar-se no mundo vivido, invocando a análise histórica e a relatividade cultural – motivo pelo qual "o direito" se converte num termo vago que só tem sentido em situações concretas reconhecíveis pela análise histórica.

Em contraste, a idéia de que existe uma interpretação correta está profundamente enraizada no projeto de Dworkin. Além do mais, ele começou por desfazer a *epistemologia amoral* do direito positivista, oferecendo uma teoria do direito que vê a prática jurídica como a expressão de uma moralidade pública subjacente. Dworkin pede aos profissionais do direito, como os advogados e juízes, que voltem seu raciocínio para o mundo exterior e situem suas deliberações numa concepção holística de sua sociedade. Ele afirma explicitamente que a teoria jurídica deve ajustar-se à sociedade que interpreta; uma teoria jurídica que tentasse harmonizar as sociedades teria um nível tal de generalidade que perderia todo e qualquer sentido ("Legal Theory and the Problem of Sense", 1987: 14-5; *ID*: 102-3). Ao buscar orientação em sua busca da resposta certa, o juiz elabora uma teoria baseada nas estruturas jurídicas e políticas daquela sociedade. Se assim for, então qualquer país pode ter uma moralidade política coerente e uma narrativa social – os nazistas certamente as tinham. Desse modo, e contra todas as suas intenções liberais, sua teoria acomoda e defende quaisquer valores que informem uma tradição específica, de modo que as leis nazistas não são apenas reconhecidas como leis válidas, mas também como leis dotadas de uma força moral particularmente forte? Leis que, para quem estiver dentro da comunidade interpretativa nazista, têm uma força gravitacional intensa, que exige que sejam aplicadas? Como eram... freqüentemente com satisfação.

Além do mais, a base das teorias tradicionais do direito geralmente se encontra no objeto de análise – mesmo que tal objeto só se torne visível por meio de um ato de fé, como em Santo Agostinho, ou de uma definição estipuladora, como a definição austiniana do direito positivo como os comandos do soberano, sustentados por sanções e habitualmente obedecidos. Inversamente, *a interpretação abandona a certeza de um objeto fixo em cuja direção as observações de uma pessoa são reflexos mais claros ou mais obscuros, substituindo isso pela interação menos segura de um domínio da atividade e, no caso do intérprete, pela participação a uma tradição interpretativa.* O fato de que é até possível reconhecer o compromisso com a tradição da interpretação implica que admitimos que podem existir outras modalidades de interpretação. Uma tradição individual não pode abarcar a totalidade – a totalidade continua sendo um mistério.

A interpretação envolve necessariamente uma perda da certeza; isso faz parte da ética da interpretação. O positivismo enfatizava a certeza e – favorecendo a aná-

lise descritiva – pressupunha que o direito era um objeto estável que se podia reconhecer com relativa facilidade. Dworkin argumentou (de modo claramente simplista) que o mesmo processo ocorria com o direito natural; para ele, ambos se presumiam capazes de conceber uma essência do direito por meio da qual poderiam orientar suas divergências teóricas e dar forma à prática jurídica. Se há, desse modo, um consenso quanto à essência do direito, tal essência pode ser o critério por referência ao qual se podem resolver as divergências entre os advogados sobre o que é o direito nos casos específicos; há um padrão comum ao qual eles podem recorrer, e que confere sentido a sua divergência.

Porém, se tal essência abstrata não existe – se a divergência desaparece se esta ou aquela teoria do propósito explica e unifica mais adequadamente as decisões passadas –, então as disputas sobre a natureza do direito parecem intrinsecamente insolúveis. Elas começam a assemelhar-se menos a disputas entre advogados e mais aos debates que os críticos literários travam quando discutem o modo mais esclarecedor de ver determinado romance (como observa o próprio Dworkin). Uma vez que aparentemente não existe uma resposta certa *a propósito da totalidade*, o que passa por argumento erudito nada mais é que um conflito político entre perspectivas incomensuráveis.

Dworkin assegura-nos, porém, que a guinada interpretativa não traz consigo nenhum desses resultados. A primeira conseqüência do relativismo parece contrária à afirmação dworkiniana do caráter fundamental dos direitos na prática jurídica – e então, o que cede? Os direitos ou a guinada interpretativa? Dworkin argumenta que a interpretação não implica a perda de um critério que nos permita avaliar as opiniões, porque "as interpretações concorrentes se voltam para os mesmos objetos ou eventos interpretativos" (*ID*: 46). Dworkin afirma, coerentemente, que um intérprete não pode transformar uma prática ou uma obra de arte em nada que ele gostaria que fossem, uma vez que a "história ou forma de uma prática ou de um objeto limita suas interpretações disponíveis" (*ID*: 52). Essa é a ética da fidelidade interpretativa; uma interpretação deve "ajustar-se" ao objeto. Não precisa ajustar-se a cada aspecto deste (pois a interpretação tem um potencial reformista), "mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver a si próprio como alguém que está interpretando aquela prática, e não criando uma nova" (*ID*: 66). Se for esse o caso, então as divergências entre os intérpretes são significativas, pois são divergências sobre a melhor maneira de interpretar o mesmo objeto. O objeto é o critério para a validade da teoria.

Isso, porém, coloca o primeiro conjunto de preocupações: ou o "objeto" tem uma validade independente, e admitimos a possibilidade de descobrir sua verdade, ou devemos encarar o fato de que a guinada interpretativa implica que não há como avaliar uma prática, a não ser por meio de padrões que lhe são intrínsecos. Se isso for verdade, há então o perigo de ficarmos presos no círculo das concepções expressas por uma comunidade e de não termos nenhuma essência transcendental, ou outro

lugar onde pudéssemos ficar, que nos permitiria fugir a uma acomodação acrítica às normas dadas de uma tradição. Para voltar ao direito nazista, a menos que possamos nos convencer de que os nazistas tinham um direito errado – isto é, se nesse sistema encontrarmos princípios e práticas que contenham bases conflitantes com a ideologia nazista –, o juiz deve empenhar-se em aperfeiçoar o código nazista, levando as ambições desta ao mais alto nível. Porém, depois de afirmar que a teoria deve ser específica a uma sociedade particular para que possa ser significativa, Dworkin age como se não fosse esse o caso, fazendo do critério de adequação o único dos padrões que nos permitem avaliar os méritos da interpretação. Ele propõe outro critério como a medida em que a interpretação torna o objeto "o melhor exemplo possível da forma ou do gênero ao qual se considera que pertence" (*ID*: 52); além disso, "toda interpretação se empenha em fazer de um objeto o melhor possível, como um exemplo de algum empreendimento hipotético" (*ID*: 53). Portanto, a melhor interpretação, a resposta certa à pergunta "o que é o direito?", é a única que faz do objeto – a especificidade desse "direito" – o melhor possível. Contudo, como pode Dworkin invocar a segurança desse objeto ideal, independente? Trata-se de um *a priori* kantiano ou de um tropo nietzschiano?

Dworkin usa esses movimentos para limitar a liberdade do intérprete. Primeiro, o caráter empírico do objeto impõe limites ao valor que se lhe pode atribuir; uma tirania não pode ser disfarçada de uma ordem política ideal, mas pode ser interpretada de modo que aproxime essa ordem do grau que seu caráter tirânico permite – digamos, ao interpretar como não essenciais ao regime atos oficiais que carecem dos atributos formais elementares (por exemplo, a generalidade e a prosperidade) do direito. Desse modo, a interpretação faz de uma prática o melhor exemplo possível daquilo que ele é. Em segundo lugar, porém, a natureza transcultural ideal do objeto impõe limites ao tipo de valor que lhe é atribuível, ou impõe limites ao significado de "melhor". O melhor é o melhor do próprio objeto, uma vez que se trata do tipo de coisa que ele é. Portanto, para voltarmos a Hegel, o ideal da constituição política é diferente, presumivelmente, daquele da família, de modo que a interpretação de um despotismo político deve ser guiada pelo primeiro ideal, não pelo segundo. Da mesma maneira, se o objeto, do modo como é encontrado, é o padrão de aferimento da teoria, isso não envolve uma mera acomodação ao dado (aos caprichos históricos da prática específica) porque, por sua vez, a verdade do objeto é sua natureza ideal, à luz da qual o intérprete concebe o objeto como uma aproximação mais ou menos adequada (no caso *Riggs vs. Palmer*, o juiz Earl ofereceu-nos uma modalidade de prática jurídica melhor que a do juiz Gray). Além disso, esse construto é interpretativo, e não arbitrariamente construcionista, porque é limitado pela história e pela forma do objeto. Portanto, diz Dworkin, a interpretação "é uma questão de interação entre objetivo e objeto" (*ID*: 52). Contudo, mal Dworkin afirma a segurança do objeto, este já se vê comprometido pelas etapas reais de seu esquema interpretativo.

A comunidade interpretativa de Dworkin

Retomemos a questão básica: ao tentar transformar o legado de Hart, Dworkin passa de uma estrutura positivista para uma estrutura hermenêutica ou interpretativa. Contudo, ele deseja evitar a relatividade ao incorporar, à prática, a idéia de um objeto ou objetivo que independe das regras e estruturas da prática. Ele começa por admitir a existência de uma "atitude interpretativa" que pressupõe que as práticas a ser interpretadas têm um valor: "Que serve a algum interesse ou fim, ou que aplica algum princípio – em suma, que tem algum desígnio – que pode ser afirmado independentemente de apenas se descrever as regras que constituem a prática." Essa atitude interpretativa parece ser uma concepção vital na obra madura de Dworkin, e fornece as bases de seu otimismo no sentido de que a teoria jurídica – conferindo maior clareza ao desígnio e à finalidade da prática – pode introduzir uma diferença prática, uma vez que a atitude interpretativa envolve a idéia de que as exigências da prática mudarão na medida em que se mostrarem "sensíveis a seu desígnio". O significado da prática social não é evidente por si próprio, mas deve ser continuamente interpretado e muda o tempo todo à luz dessas interpretações: "as pessoas agora tentam impor um significado à instituição – para vê-la em sua melhor luz –, e em seguida reestruturá-la à luz de tal significado" (*ID*: 47).

Juízes, advogados e comentaristas acadêmicos do direito estão todos envolvidos na prática interpretativa. A exigência-chave é a da interpretação construtiva: "uma questão de impor um propósito a um objeto ou a uma prática, a fim de convertê-los no melhor exemplo possível da forma ou do gênero ao qual se considera que pertencem" (*ID*: 52). A prática interpretativa não é independente, mas sim parte de uma tradição ou comunidade, e tem um pendor reformista.

Dworkin apresenta três etapas: (i) a pré-interpretativa, em que se identifica a prática; (ii) a interpretativa, em que a pessoa que interpreta justifica, em termos gerais, por que vale a pena dar continuidade à prática, e (iii) a pós-interpretativa, caracterizada pela reforma, em que a prática se ajusta conforme as exigências de justificação estabelecidas na etapa interpretativa. Isso é reflexivo ou auto-referencial no sentido de que a justificação provém (de aspectos) da prática e, por sua vez, informa e configura o desenvolvimento dessa prática.

Desse modo, Dworkin caracteriza o direito como uma prática interpretativa fundada num consenso geral quanto à natureza do direito. Dentro desse acordo geral, podem surgir argumentos empíricos e teóricos sobre o funcionamento de partes da prática sem o rompimento do funcionamento geral.

Temos aqui um problema óbvio: em nossa época há um conjunto multiforme de argumentos sobre a finalidade do direito, e as vozes das perspectivas marxistas ou críticas são radicalmente diferentes daquelas dos liberais; portanto, haverá consenso real suficiente sobre a natureza do direito, para que o sistema tenha um alto grau de estabilidade, ou a metanarrativa de Dworkin será apenas uma interpretação? Ainda que uma interpretação extremamente agradável às sensibilidades liberais?

Dworkin tenta manter a confiança em seu esquema interpretativo, argumentando que é verdadeiro para com a natureza de nossa prática e apaziguando a voz dos céticos. Para demonstrar que isso não funciona plenamente, é necessário examinar mais detalhadamente as duas primeiras dessas etapas da interpretação.

(1) A primeira etapa é "pré-interpretativa", ou o ponto em que "são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática" (*ID*: nota 1, pp. 65-6). A forma histórica do objeto "pré-interpretativo" – a prática jurídica e o discurso dos profissionais – limita a interpretação e desempenha o papel de validar o processo, considerando-o interpretativo e não de invenção. É aqui que se interpõe o paradoxo da interpretação[41], pois, se a prática deve desempenhar essa função, então deve ser capaz de demarcação isenta de valores (isto é, não-interpretativa); de outra forma, a definição do objeto será, em si, uma interpretação necessitada de validação *ad infinitum*. Dworkin, porém, reconhece que a definição isenta de valores – a concepção da questão de fato – é impossível. Identificar o direito é algo implicitamente sobrecarregado de teoria, e portanto sujeito a controvérsias, pois "as regras sociais não têm rótulos que as identifiquem" (*ID*: 66).

Para tomarmos o exemplo hartiano do xadrez, o observador externo não apenas não seria capaz de entender o significado dos movimentos sem conhecer as regras; ele não conseguiria entender que o jogo era um jogo, ou mesmo que se tratava de xadrez, sem aprender a tradição dos jogos e aprender que, naquele caso, se tratava de xadrez. As categorias sob as quais as regras se classificam não são próprias, mas sim impostas a regras em conformidade com algum interesse humano e uma certa tradição humana de interpretação. O objeto já foi alterado e moldado pela interpretação, e é impossível encontrar o objeto (o direito) do modo como existe em si mesmo. Portanto, na verdade não existe uma fase pré-interpretativa (Dworkin reconhece isso ao colocar a expressão entre aspas). Isso significa que, afinal, não é o objeto que vai limitar a interpretação, mas sim um "consenso" dentro de uma tradição – ou aquilo que Dworkin chama de "comunidade interpretativa" – relativa à natureza do objeto; um consenso que pode ou não existir (*ID*: 66-8). Além disso, a limitação colocada por esse objeto definido por consenso se traduz numa exigência de adequação entre a interpretação e a prática. A avaliação de uma boa adequação exige, porém, que o intérprete tenha

41. O paradoxo da interpretação remete ao seguinte problema, que pode ser enunciado como um par de proposições opostas:

(i) não se pode iniciar uma interpretação sem ser estabelecido previamente os fatos;
(ii) não há fatos sem interpretação.

O paradoxo foi assinalado por Nietzsche: "Em oposição ao positivismo, que se detém nos fenômenos e diz: 'Só existem *fatos* e nada mais!', eu diria: não, é exatamente de fatos que se carece, e o que existe consiste em interpretação" (*Will to Power* [Vontade de potência], parágrafo 481).

um senso "pré-interpretativo" dos atributos paradigmáticos ou essenciais da prática, aquelas características às quais "qualquer interpretação plausível deve adequar-se" (*ID*: 72). De novo, a prática não anuncia, de modo autônomo, suas características essenciais, de forma que estas também serão uma questão de intuição e convicção que – a menos que tomemos o caminho kantiano – são, uma vez mais, interpretativas. Não apenas a definição do objeto, mas também a idéia de uma boa adequação, são coisas implicitamente mediadas pela teoria. O problema, aqui – pelo menos para seus críticos – é que Dworkin se recusa a analisar as condições sob as quais se produz o suposto consenso por ele exigido (sobre a natureza do consenso da comunidade interpretativa); como em Hart, Dworkin pressupõe, em última instância, a natureza não problemática do cotidiano[42].

(2) Na segunda etapa – interpretativa –, a prática anteriormente definida é integrada sob uma teoria da finalidade com plena consciência de si mesma. O objetivo da interpretação é fazer do objeto – por exemplo, o desenvolvimento do direito numa área específica – a mais próxima aproximação possível de sua própria natureza ideal, e o teste parece simples: "a teoria [do juiz ou do teórico] faz do objeto o melhor possível?". Porém, uma vez que o objeto diferenciado (o objeto independente que tem por objetivo limitar a interpretação) é na verdade apenas um conjunto de práticas interpretativas, a interpretação sobrecarregada de valor é necessariamente a imposição ao objeto da opinião do próprio intérprete a propósito daquilo que o mostra em sua melhor luz (*ID*: 67, 87). Dworkin reconhece que diferenças substanciais de interpretação – a divergência interna dentro da comunidade – são possíveis e, de fato, desejáveis (*ID*: 88), mas uma obrigação imposta ao intérprete é imprescindível para uma boa adequação entre a finalidade dotada de valor e os atributos paradigmáticos da prática. Isso, porém, só funciona se tanto a identificação dos atributos paradigmáticos quanto a idéia que se tem de uma boa adequação forem conceitualmente independentes da hipótese no que diz respeito ao objetivo da prática (*ID*: 67-8). Elas não devem pressupor a hipótese ou adequar-se a ela, porque então não poderiam limitar. Contudo, uma vez que a seleção dos atributos paradigmáticos, a avaliação da adequação e a formulação do objetivo são todas interpretativas – uma vez que todas incorrem na mesma mente interpretadora –, não é possível fazer nenhuma distinção forte entre essas operações. Dworkin se fundamenta numa limitação "psicológica" – uma voz da consciência intelectual –, estimulando o intérprete a conservar independentes seus juízos sobre a adequação e sobre o objetivo que confere mais valor à prática (*ID*: 234-5).

42. Como é evidente na descrição que Dworkin (*ID*: 66) faz de sua idéia de "comunidade interpretativa": "Mas é preciso haver um alto grau de consenso – talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nessa etapa – se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações que ela nos oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia-a-dia."

Essa consciência ou obrigação moral só tem esperança de ser bem-sucedida quando se for membro da comunidade interpretativa: (i) exige-se que o intérprete selecione atributos paradigmáticos da prática, mas tal seleção é interpretativa e pressupõe, num certo nível intuitivo, uma teoria da finalidade que revigore a prática. Contudo, não há, entre as etapas da interpretação, uma distinção clara ou ontologicamente fundada que obrigue a escolha moral a encarar a "realidade", de modo que a inquietação moral contra a manipulação dos precedentes judiciais ou de outros argumentos – por exemplo, das técnicas de interpretação das leis – perca sua força (*ID*: 235); (ii) o padrão de adequação que se adota, tanto quanto a teoria da finalidade da qual se faz uso, refletem um juízo relativo ao que confere valor à prática; e Dworkin admite que haverá negociações entre as convicções estéticas pessoais sobre o quanto se requer em termos de integração e as convicções substantivas de cada um sobre quais fins enobrecem mais uma prática.

Em resultado, cai por terra a distinção entre a interpretação correta e uma interpretação ou invenção falsa: existem apenas invenções. Para evitar esse resultado, Dworkin apresenta uma defesa da fidelidade (e, portanto, da possibilidade de uma solução racional dos litígios interpretativos) que substitui o objeto independente pela idéia de consenso interpretativo. Para evitar o relativismo das interpretações, Dworkin presume que deve haver um consenso anterior sobre a natureza do direito antes que uma comunidade interpretativa possa desenvolver-se; e ele também contra-argumenta, partindo do fato da existência corrente de uma comunidade interpretativa para chegar à proposição de algum consenso anterior com base no qual a comunidade tem condições de desenvolver-se.

Para preservar esse consenso, o cético deve ser mantido à distância. O excesso de informações de diversas fontes sobre a natureza do direito destruiria a capacidade de a comunidade interpretativa manter seu consenso. O inimigo é o "ceticismo externo" (*ID*: 78). O cético externo entende as reivindicações dworkinianas de interpretação valorativa como necessariamente perspectivas, pois carecem de um objeto independente que possa convalidá-la; desse modo, o cético deseja que Dworkin diminua o alcance de suas reivindicações. O cético pode sustentar (e tentar defender) as hipóteses interpretativas tão fervorosamente quanto o realista interpretativo; contudo, ele não irá defendê-las como verdadeiras intuições do objeto, mas sim como projeções que são agradáveis aos sentimentos estéticos e morais daqueles que ele tenta convencer. Porém, tendo em vista que esses sentimentos são igualmente destituídos de bases numa realidade independente, eles são tão naturalmente múltiplos quanto as afirmações interpretativas que lhes são agradáveis. Portanto, uma interpretação só pode ser popular ou impopular; não pode nunca ser correta, ou mesmo melhor do que qualquer outra, a não ser em termos dos objetivos políticos explícitos por trás dela, e que funcionam como critérios de aceitação[43].

43. Dworkin lida com o cético de modo que quase aceita seus pressupostos epistemológicos, mas deles retira a incisividade. Ele argumenta que o cético não tem força contra sua tese porque ele não reivindica, para

Ao opor-se ao "ceticismo externo", Dworkin apela a nossa intuição de sua sinceridade e rejeita como "tolo", "extravagante", "confuso" e "absurdo" (*ID*: 85-6) o discurso do cético. O cético simplesmente desvia nossa concentração do projeto; Dworkin gostaria de converter o cético externo em um cético interno e transformar o discurso do ceticismo numa discussão sobre o terreno da hermenêutica, e não sobre a experiência do direito. Podemos interpretar os céticos num "calmo momento filosófico"[44].

A interpretação dworkiniana em si deve pressupor a existência inquestionável de uma resposta certa. Por esse motivo, os únicos argumentos que Dworkin admite serem relevantes para sua tese são aqueles que não podem contestá-la porque dão sua verdade por certa. Assim, a arbitrária redução dos oponentes ao silêncio torna a própria tese arbitrária e uma máscara para a interpretação com base em interesses.

Essa crítica de Dworkin pode ser resumida da seguinte maneira: ao fundar o direito sobre a melhor interpretação da prática jurídica através do uso da idéia de comunidade interpretativa, Dworkin só mantém uma "verdade" para seu projeto ao desviar essa comunidade de uma maior interação com outras perspectivas além daquelas do liberalismo. Coerentemente, Dworkin deixa de levar em conta as preocupações dos "outros" – como aquelas do Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, das feministas ou dos que se ocupam das questões raciais –, uma vez que os termos da discussão adotados por sua comunidade interpretativa são sistematicamente organizados de modo que confira poder a uma tradição específica de interpretação. Porém, como conseqüência disso, ficamos livres para discutir com esses outros a natureza do direito, uma vez que este ainda é implicitamente visto como algo além daquilo que nos foi oferecido pela interpretação. Uma vez que a guinada interpretativa sustenta que o direito só é verdadeiramente apreendido por meio da interpretação, já fica implícito um ideal de fidelidade ao objeto ou uma distinção inteligível entre interpretação e invenção. Para assegurar que não assistimos ao desaparecimento desse objeto independente (e, assim, constatar a distinção entre interpretação e invenção), é preciso desqualificar o discurso alternativo acerca desse objeto independente, expor ao ridículo suas exigências, silenciar sua voz acusatória. Todavia, uma vez

o conceito hermenêutico de direito, o "bizarro" tipo de objetividade que o cético nega (*ID*: 81). Contra a esperança perdida dos céticos a propósito da segurança absoluta, o tipo de objetividade que Dworkin reivindica é antes a convicção subjetiva de objetividade que acompanha as afirmações morais, e não relatos sobre gostos e preferências. Para Dworkin, a diferença entre uma afirmação como "a escravidão é condenável" e outra como "sorvete de rum com uva-passa é bom" está em que, no caso da primeira, o falante remete a uma proposição que ele julga ser impessoalmente válida, e não válida somente para indivíduos com certos tipos de necessidades ou interesses. A reivindicação ulterior de objetividade para a afirmação moral, diz ele, não acrescenta nada além de ênfase a essa crença. É apenas objetividade nesse sentido filosófico redundante, diz-nos agora Dworkin, o que ele está reivindicando para a melhor teoria interpretativa do direito.

44. Isto é, num daqueles em que a negação da verdade de alguma afirmação moral (por exemplo, que a escravidão é condenável) não é um argumento sobre o *status* epistemológico de tais afirmações, mas sim uma hipótese interpretativa sobre a verdadeira prática da moralidade (*ID*: 83-6).

que o objeto independente – o critério de fidelidade – é declarado desimportante para a interpretação, não há nada que diferencie a tese da resposta certa da tese de que não existem respostas certas ou erradas, apenas perspectivas igualmente não privilegiadas. O projeto deve ser defendido em bases alternativas; aquelas do construcionismo social. O projeto de Dworkin é um projeto político do uso a que se presta o direito e do significado do direito – um projeto que retoma a mensagem positivista de que o direito é um instrumento do homem e transforma essa mensagem através de um discurso expressionista; em última análise, com Dworkin o que temos são tartarugas que não acabam mais – tartarugas liberais, porém.

A METAFÍSICA INSPIRADORA DE DWORKIN: A POLÍTICA DO COMUNITARISMO BASEADO EM PRINCÍPIOS

Dworkin pode aceitar que essa é a realidade de sua interpretação construtiva. É o homem tentando impor ordem ao que foi desmantelado nas contingências das lides políticas e culturais da humanidade, e não por um processo que afirma encontrar uma ordem racional nas forças que empiricamente criaram as condições da sociedade contemporânea. Porém, a ordem encontrada é circunscrita, ou seja, liberal. Ao aceitar essa narrativa, rejeitamos as narrativas da teoria social empírica que ameaçam destruir nossa autoconfiança. Podemos dar a isso o nome de metafísica dworkiniana; outros poderão chamá-la de estrutura de seus sonhos ou construção de seus mitos.

A modernidade envolve a idéia de que o homem pode assumir o controle dos processos do mundo para criar as condições favoráveis a uma sociedade progressista e feliz neste planeta. Uma questão da qual temos nos ocupado é: "o que vai guiar o homem nesse projeto quando as bases que forneceram a síntese medieval, isto é, a religião e o costume, foram descartadas?" "O que é que torna o empreendimento individual compatível com um empreendimento geral?" Vimos que Weber era extremamente pessimista quanto a isso, e apresentamos a resposta do positivismo jurídico – a saber, o utilitarismo –, bem como seus problemas. De passagem, uma vez que tal questão esteve fora do alcance deste livro, a busca de um princípio condutor de justiça social que substitua o utilitarismo (perseguido de diversas maneiras nas obras de Marx, John Stuart Mill, John Rawls e Robert Nozick, por exemplo) não resultou em nenhum consenso estável. Não temos um princípio condutor de justiça – o medo que Bentham tinha do subjetivismo, do intuicionismo e da argumentação incessante é, em vez disso, a realidade. Mas isso não significa que não estamos comprometidos com a justiça. Longe disso, diria Dworkin – o próprio fato de nossos argumentos sobre a justiça indica em que medida estamos agindo como uma associação política decidida a transformar-se numa comunidade política que seja uma expressão da justiça.

Dworkin está revitalizando a idéia de Fuller da moralidade das aspirações. Toda a estrutura da obra de Dworkin pretende convencer-nos do "otimismo do direito" e da "integridade do direito". Fuller deixou clara a necessidade de representar a legali-

dade como portadora de uma ética, e que uma legalidade que se pretendesse coerente e dotada de significado era, de certo modo, mais sustentável e "boa" do que uma legalidade má. Dworkin oferece a integridade como a ética do direito, mas seu conceito é mais amplo – podemos, então, interpretar Dworkin como se ele pretendesse criar um ideal, uma aspiração para o direito?

Se assim for, o próprio desejo de encontrar coerência no direito deve ser visto como um ideal condutor, e não como uma descrição de um fato consumado. Esta, de modo reflexivo, parece ser a posição de Dworkin. Veja-se a amplitude do desejo nas seguintes palavras extraídas do último capítulo de *Law's Empire*:

> Aceitamos a integridade como um ideal político específico, e aceitamos o princípio jurisdicional da integridade como princípio soberano sobre o direito, porque queremos nos ver como uma associação de princípios, como uma comunidade regida por uma única e coerente concepção de justiça, eqüidade e processo legal justo na relação exata (...) nossa ambição fundamental de nos tratarmos como uma comunidade de princípios.
>
> O direito contemporâneo tateia em direção ao direito puro quando surgem estilos de decisão que parecem satisfazer a eqüidade e o processo, trazendo o direito para mais perto de sua própria ambição; os juristas declaram estar otimistas em relação a esse processo quando afirmam que o direito se purifica. O otimismo pode estar deslocado. Uma avaliação cética parece melhor para alguns críticos de nosso direito: primeiramente, eles prevêem o triunfo da entropia, o direito perdendo sua coerência substantiva geral no caos produzido pelo egoísmo e por concentrações desiguais de poder político. Qual atitude, a pessimista ou a otimista, é sábia e qual é tola? Isso depende da energia e da imaginação tanto quanto da previsão, pois cada atitude, se suficientemente aceita, contribui para a sua própria reivindicação (*ID*: 406-7).

Em última análise, Dworkin exorta os juristas a não se verem como meros servidores do Estado; eles têm as chaves do desenvolvimento de sua sociedade. A modernidade pode se salvar se respeitarmos nossas próprias ambições (como Dworkin as interpreta para nós!):

> O que é o direito? (...) O império do direito se define pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. (...) [essa atitude] deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política em seu mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem a cada nova circunstância.
>
> A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé para com o passado. Por último, trata-se de uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade ainda que divididos por nossos projetos, interesses e convicções. De qualquer modo, é isso o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

Capítulo 16

Ceticismo, desconfiança e o movimento dos estudos jurídicos críticos

> Ao demonstrar que a vida social é muito menos estruturada e muito mais complexa, muito menos imparcial e muito mais irracional do que sugere o processo legal, os interesses atendidos pela doutrina e pela teoria jurídicas vão se tornar visíveis (Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement* [Movimento dos estudos jurídicos críticos], 1984).

PRÓLOGO: UMA REFLEXÃO SOBRE A INOCÊNCIA E O CONHECIMENTO ESCOLÁSTICO

Que episódio extraordinário do progresso econômico do homem foi a época que chegou ao fim em agosto de 1914! A maior parte da população trabalhava duro, é verdade, e não vivia confortavelmente, mas tudo levava a crer que estava satisfeita com sua sorte. Todo homem de talento ou caráter superior à média podia escapar para as classes média e superior, a cujos membros a vida oferecia, sem grandes custos e contratempos, facilidades, confortos e comodidades para além do alcance dos mais ricos e poderosos monarcas de outros tempos. Enquanto sorvia o chá matinal ainda em sua cama, o habitante de Londres podia pedir por telefone os mais variados produtos de todo o mundo, na quantidade que desejasse, e esperar, com razoável certeza, que dentro em breve seriam entregues à sua porta; no mesmo instante, e pelos mesmos meios, podia arriscar sua fortuna em recursos naturais e novos empreendimentos em qualquer parte do planeta e compartilhar, sem esforços ou mesmo sem problemas, dos frutos e vantagens esperados; ou podia decidir juntar a segurança de sua fortuna à boa-fé dos habitantes de qualquer cidade, de um continente qualquer, que lhe recomendasse sua fantasia ou as informações de que dispusesse. Podia dispor sem demora, se quisesse, de meios confortáveis para transitar por quaisquer países ou climas, sem passaporte ou outras formalidades; podia pedir que seu criado lhe trouxesse, do banco mais próximo, a quantidade de metal precioso que lhe fosse conveniente, e então partir para países estrangeiros sem conhecer sua religião, sua língua ou costumes, levando consigo todo o dinheiro de que fosse necessitar. Ao menor obstáculo, poderia sentir-se extremamente aborrecido e muito surpreso. Acima de tudo, porém, ele veria esse estado de coisas como normal, seguro e permanente, a não ser pelo fato de que a situação poderia tornar-se ainda melhor. Qualquer desvio seria considerado aberrante, escandaloso e passível de ser evitado. Os projetos e a política do militarismo e do imperialismo, as rivalidades de raças e culturas, os monopólios, as restrições e exclusões, que fariam o papel da serpente nesse paraíso, pouco mais eram que os prazeres de seu jornal cotidiano, e pareciam não exercer quase ne-

> nhuma influência sobre o curso da vida social e econômica, cuja internacionalização estava praticamente a ponto de completar-se (J. M. Keynes, *The Economic Consequences of the Peace* [As conseqüências econômicas da paz], 1919: 6-7).

Em 1919, Keynes – famoso economista e alto funcionário do governo britânico – era um homem decepcionado. A incapacidade de o presidente Wilson, dos Estados Unidos, de dar forma à posição dos Aliados nas negociações sobre o Tratado de Versalhes, assinalava a vitória da paixão e do desejo de vingança sobre a moderação racional.

Keynes acreditava que uma época havia chegado ao fim; uma época em que todos acreditavam num processo civilizador progressivo conduzido pelo estado de direito, pelos direitos de propriedade, pelo comportamento apropriado e pela argumentação racional. A conferência de paz assinalou o declínio da racionalidade. Em suas próprias palavras, Keynes havia crescido num mundo em que "as regras do jogo" – quer no debate intelectual ou no comportamento pessoal, na condução dos negócios ou nas relações industriais, na diplomacia internacional ou nas finanças, na retórica ou na realidade política – eram amplamente conhecidas e aceitas. Sua vida fora uma sucessão ininterrupta que o levara da escola e da universidade para os altos escalões do serviço público inglês, caracterizado pelo seu potencial de debate e pela racionalidade de sua argumentação. Seu mundo era ao mesmo tempo agradável e previsível, e em sua opinião – e também na dos outros, como pensava – o mundo mais amplo estava ainda em processo de aperfeiçoamento, o que lhe parecia vir ocorrendo desde o início da Revolução Industrial.

Na conferência de paz, porém, Keynes testemunhou a castração da argumentação racional em favor do ódio político. Ele previu que o desejo de fazer a Alemanha pagar pelo terrível custo que a guerra impusera aos Aliados resultaria num desastre; a opção pela vingança em lugar da moderação racional teria conseqüências extremas e contraproducentes. A reação de Keynes foi retirar-se da vida pública e passar a trabalhar nas faculdades de Cambridge, onde acreditava que as antigas regras de argumentação ainda sobreviviam. Foi ali que lhe deram espaço para elaborar seu polêmico *As conseqüências econômicas da paz*. Mais tarde – na condição de economista responsável pelas políticas que ajudaram a salvar as sociedades ocidentais da depressão econômica da década de 1930 –, Keynes admitiu, com todas as vantagens de ter observado a depressão e a agitação política dos anos entre as guerras e do grande desastre da Segunda Guerra Mundial, que previra com tanta exatidão, que ele sempre atribuíra "uma racionalidade irreal aos sentimentos e ao comportamento das outras pessoas (e, sem dúvida, também aos meus próprios)", e que a "atribuição de racionalidade à natureza humana (...) ignorava certas fontes poderosas e preciosas de sentimentos" (1949: 100-1). A guerra havia liberado essas fontes e emoções, a maioria das quais hostilizava, em vez de favorecer, a civilização e o progresso.

Assim também é a opinião comum acerca do Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos (a partir daqui às vezes referido como CLS, iniciais em inglês de Critical Legal Studies). Em todo o mundo, inúmeros conferencistas e professores de direito simplesmente não conseguem entender o ceticismo, o "anseio desconstrutivo", a "irracionalidade", a natureza polêmica, instável, vaga, indisciplinada e irreverente dos escritos que se agrupam sob o rótulo indefinido de CLS; muitos vêem os CLS como perigosos ou niilistas. Nesse caso, porém, o escritor CLS consideraria a descrição keynesiana da época perdida irremediavelmente ingênua; mais do que isso, perigosamente simplista. A partir da perspectiva CLS, Keynes ignorava as bases de um estilo de vida que lhe parecia tão natural e sem problemas. Na citação acima, ele não só parece admitir a naturalidade do sistema de classes inglês como também, de certo modo, exclui toda a classe operária enquanto "habitante(s) de Londres". O mundo inteiro servia para prover recursos para os passatempos civilizados do mundo desenvolvido, cujos habitantes podiam prescindir do conhecimento da religião, da língua e dos costumes dos "outros". Onde estavam, em sua concepção, o estupro da África, a conquista da Índia e o saque de suas riquezas, o argumento de que a Austrália era despovoada e ninguém possuía nada de sua ilha, a destruição e a escravização dos povos nativos nas terras que os países ocidentais "civilizados" usavam como fonte de suas matérias-primas? Que direito de dominar tinham a cultura ocidental e as ideologias ocidentais? O próprio Keynes aceitava, implicitamente, que o simples fato da dominação ocidental tornava-a progressista e certa? Ele pressupunha que poder significava direito?

Devia-se mesmo comemorar aquela época pré-1919? Para nossa consciência pós-moderna, Keynes havia sido político em sua interpretação do estado das sociedades ocidentais pré-1919. Por sua vez, escrevendo na Alemanha, a comunista Rosa Luxemburgo (em *A acumulação de capital*, publicado na Alemanha em 1913, tradução inglesa de 1951) afirmava que o capitalismo ocidental exigia a submissão contínua, a absorção e a assimilação de outras partes do globo e a expropriação de seus recursos para alimentar o consumo cada vez maior do excedente capitalista. O capitalismo é forçado a expandir-se por sua própria dinâmica interna, mas só pode fazê-lo se se alimentar de "estratos sociais e formas de organização social não-capitalistas". Os sistemas não-capitalistas são despojados de sua dinâmica própria e convertidos em extensões da estrutura capitalista. Embora Luxemburgo estivesse exortando o leitor a ver o lado destrutivo do capitalismo, sua própria crença no socialismo mostrou-se igualmente enfraquecida. Nesse caso, porém, a exploração e a dominação conseguiram o controle sem um amplo excesso criativo.

Hoje, tanto o capitalismo quanto o socialismo parecem variantes do impulso moderno de estudar, visualizar e submeter ao domínio racional nosso mundo e transformar suas entidades em bens de consumo. As percepções divergem: o capitalismo se assemelhava à civilização para Keynes, mas Luxemburgo o via como um sistema socialmente destrutivo e acreditava que o socialismo poderia ser a salvação da humanidade. Por sua vez, os CLS são um reflexo da perda contemporânea da fé em todas as formas de pensamento que fazem as estruturas sociais do mundo moderno parecer naturais, inevitáveis, intrinsecamente justificáveis e inquestionavelmente progressistas.

Para boa parte da modernidade, o pensamento jurídico fortaleceu o desejo de domínio racional do mundo. Seja em formas kantianas, rousseaunianas, hegelianas, benthamistas, austinianas ou kelsenianas, dominar o mundo social significa torná-lo sujeito à ordem jurídica. Não é coincidência que a metodologia-chave do direito moderno seja a legislação, ou que na sobrevivência da tradição do *common law* uma idéia inerente de funcionalidade natural ofereça uma fé na universalidade e na fundamentação. A filosofia do direito não pode fugir a uma preocupação com as bases últimas do direito, uma vez que este é continuamente instado a assegurar que a lei é "bem fundada", isto é, que o verdadeiro direito é racional e oferece alguma resposta às perguntas "por que, enquanto cidadão, devo obedecê-lo?" e "as instituições jurídicas de minha sociedade são justificadas?".

Os estudos jurídicos críticos abalam essa confiança. Com que se pareceria o mundo se ampliássemos o olhar do jurista e permitíssemos a introdução de todos os outros tipos de perspectivas? Enquanto Keynes jogava segundo as regras do jogo "racional", que dizer de todos os outros tipos de (não-)conhecimento excluídos das regras do jogo jurídico dominante?

A DESTRUIÇÃO DA INOCÊNCIA: O VOLTAR-SE PARA OUTROS CONHECIMENTOS

> Se minha hipótese estiver correta, a função primordial do ato de escrever, enquanto meio de comunicação, consiste em facilitar a escravização de outros seres humanos. O uso da escrita com objetivos imparciais e com a intenção de satisfazer a mente nos campos da ciência ou das artes é um resultado secundário de sua invenção – e talvez não seja mais do que um modo de fortalecer e justificar sua função primordial, dessemelhando-se dela (Claude Lévi-Strauss, *Tristes Tropiques*, [Tristes trópicos]).

Um princípio metodológico básico dos CLS é abrir a teoria jurídica a outras disciplinas e recusar-se a admitir que a teoria jurídica seja apenas uma discussão filosófica da idéia de direito; ao contrário, o direito deve ser abordado a partir de muitas perspectivas e através das lentes de muitas disciplinas. Uma dessas disciplinas é a antropologia.

No século XIX, as sociedades ocidentais enviaram antropólogos para as terras conquistadas dos "primitivos"; para observar os "selvagens" da África, Austrália, Nova Guiné etc. Dois temas essenciais eram evidentes: o primeiro era a tarefa de descobrir qual era a maneira natural de fazer as coisas, de desnudar as estruturas fundamentais da vida humana. Contudo, se fosse impossível descobrir tal coisa, impunha-se outra determinação: apresentar narrativas que refletissem nossa superioridade, nosso poder natural, nosso direito de dominar. Os antropólogos então viajaram e tentaram encontrar as leis naturais da ordem humana, mas tiveram dificuldade, pelo menos muitos dos que estavam imbuídos de imagens da inferioridade "natural" do outro.

Em meados do século XX, porém, as mensagens enviadas pelos antropólogos haviam desestabilizado os cânones. Entre os conceitos que o célebre antropólogo francês Lévi-Strauss legou a nosso conhecimento da modernidade estava a idéia de inocência perdida; em vez de uma antropologia que celebrasse o progressivo e glorioso avanço do homem, Lévi-Strauss falava de estruturas profundas e do desenvolvimento de formas que nos moldavam e aprisionavam. Estaríamos certos ao celebrar as conquistas da modernidade? Os avanços da modernidade eram obtidos à custa da exploração dos outros em seu estado "primitivo" e, ao nos darmos conta do custo da modernidade, perdemos nossa inocência, nossa confiança de "modernos" no progresso[1]. Lévi-Strauss parece tomar a si o ônus de narrar a culpa que deve resultar da perda da inocência. Para Lévi-Strauss, escrever é um instrumento de opressão, um meio de colonizar a mente primitiva – mas quase não há como fugir disso, pois, uma vez instaurado, o novo regime de verdade e significado escraviza também o usuário da linguagem. Para o antropólogo, só podemos nos lembrar de nossa "autenticidade" perdida. O mesmo ocorre com os CLS. A acusação é simples; ao apresentar-nos a imagem da teoria jurídica como aplicação da razão abstrata e da ciência, da ordem social construída através do direito e da capacidade de administração racional que se encontra na base dessa ordem jurídica, a teoria jurídica moderna dominante – o pensamento institucional dos fundamentos, do universalismo e da razão legislativa – debilitou nossa imaginação cultural e crítica. A modernidade pretendia apresentar sociedades de justiça social e liberdade, e com esse fim em vista os indivíduos concederam ao Estado a autoridade que lhes permitiria construir a ordem jurídica racional. Para os CLS, porém, essa oferta é equivocada, e as pessoas deveriam desenvolver uma orientação crítica e assumir a responsabilidade social por suas vidas.

O que são os Estudos Jurídicos Críticos? Trata-se de um rótulo geral que abrange um grande número de empreendimentos subversivos perante aquilo que, para

1. Muitos comentaristas definem o pós-modernismo como uma perda de confiança nas metanarrativas de progresso que constituem a modernidade. Para Harry Redner, a crença essencial do indivíduo moderno encontra-se na idéia de progresso. O progresso, a exemplo de Deus para o pré-moderno, é um conceito que não pode ser negado ou seriamente questionado. Na década de 1980, porém, os pensadores começaram a apresentar outras narrativas que destruíram nossa confiança. Em retrospecto, agora compreendemos que "nós, europeus, nos lançamos numa ofensiva sem precedentes sobre o poder, que chamávamos de progresso... Todas as outras sociedades e culturas foram esmagadas, exterminadas ou obrigadas a juntar-se a nós em nossa corrida pelo progresso; é possível, inclusive, que algumas delas cheguem mesmo a nos ultrapassar. Todos os recursos naturais e humanos foram colocados à nossa disposição para que os transformássemos de acordo com nossa vontade soberana. Essa busca intransigente de poder se justificava em nome de um futuro ilimitado para o homem" (Redner, 1982: 13). À maneira weberiana, Redner conta como se iniciou a perda da inocência e como a aceitação do progresso diminui quando compreendemos que nos tornamos impotentes para controlar as próprias forças que, segundo pensávamos, nos tornariam poderosos. A modernidade foi "uma maneira de dominar sistematicamente, controlar e dispor das coisas, que em primeiro lugar se voltou contra a natureza, mas que [os seres humanos] hoje percebem que também está se voltando contra eles e comprometendo sua natureza humana... Eles podem tornar-se irrelevantes, ou mesmo redundantes, para seus próprios esquemas, e desse modo pôr fim a si mesmos" (*ibid.*: 5).

seus membros, são as principais tradições do saber jurídico. Os Estudos Jurídicos Críticos constituem um projeto pós-positivista que implica: (i) uma crítica do método científico "objetivo" tido como base do conhecimento tradicional, com a reivindicação de que o "entendimento interpretativo", ou a *hermenêutica*, deve substituir o positivismo; nosso modo de entender a ciência é visto como uma escolha política. A abordagem hermenêutica está ligada a uma abordagem radical, e às vezes de viés expressamente esquerdista, dos fenômenos jurídicos; (ii) uma mudança no modo de ver o direito. Considera-se que o conhecimento jurídico tradicional tenta desesperadamente dar sentido ao mundo, defender a idéia de que o direito é um corpo coerente e racional de regras e princípios, e que o objetivo do conhecimento jurídico dominante consiste em reconstruir decisões jurídicas racionalmente específicas para mostrar que elas se ajustam, ou não, ao desenvolvimento apropriado e racional do "direito". Ao contrário disso, os CLS usam uma série de técnicas que trazem à tona falhas, contradições e tensões. Por um lado, se o conhecimento tradicional – pelo menos como o afirmam os CLS – separa o estudo do direito do estudo da sociedade e encontra o motor do desenvolvimento jurídico na orientação fornecida por regras e princípios, assim como pelo poder discricionário, por outro lado os CLS nos falam da natureza inevitavelmente política da vida[2]. Os motivos da desconfiança e do ceticismo diante de qualquer afirmação da pureza do direito estão profundamente impregnados nos Estudos Jurídicos Críticos; para esse movimento, devemos investigar como o direito, enquanto campo de ação, mantém seu domínio sobre nós e contribui para se manter a legitimidade do sistema.

ORIGENS DO MOVIMENTO DOS ESTUDOS JURÍDICOS CRÍTICOS

O movimento CLS começou com um "congresso" realizado nos Estados Unidos, em 1977, em resultado de uma circular aos corpos docentes das faculdades de direito do país[3]. O convite mencionava apenas uma idéia muito vaga: uma reunião de pessoas em busca de abordagens críticas do estudo do direito e da sociedade. A circular não definia antecipadamente quais seriam as preocupações do congresso, mas indicava que vários de seus autores estavam tentando desenvolver abordagens que enfatizassem o caráter ideológico da doutrina jurídica e de suas estruturas internas. A maioria dos comentaristas classifica os CLS como ceticismo radical (seus críticos vão ainda mais longe, vendo-os como niilismo ou simples crítica negativa) e representam-nos como um desenvolvimento do realismo jurídico norte-americano. Isso só é parcialmente verdadeiro. Os realistas jurídicos norte-americanos eram céticos acerca da imagem tradicional (em grande parte jurídico-positivista) do direito nas modernas sociedades ocidentais, do formalismo da erudição jurídica e de seu suposto conservadorismo. Contudo, os realistas lutavam para tornar o sistema jurídico ainda mais eficiente, em seu papel de instrumento de mudança social e desenvolvimento social, do que pretendia o pensamento político liberal dominante. Os realistas não eram céticos quanto aos conhecimentos externos ou extrínsecos que em sua opinião deviam complementar a formação jurídica tradicional e influenciar o desenvolvimento jurídico. O movimento pró-direito e sociedade que procurava controlar as práticas jurídicas e a operacionalidade da elaboração das leis, bem como observar o direito vivo ou o direito em ação, por oposição ao direito encontrado nos livros, era ampla, moderada e socialmente reformista ou liberal-democrática em sua orientação política. E os que estavam se voltando para uma metodologia interpretativa em substituição ao positivismo não eram especialmente radicais em sua postura política; a representação dworkiniana (1977, 1982, 1986) da necessária construção narrativa dos valores políticos que se encontravam na base do desenvolvimento jurídico moderno era essencialmente liberal. Por sua vez, os adeptos dos CLS eram céticos acerca da própria base do liberalismo moderno e acreditavam que boa parte da prática jurídica facilitava as formas de dominação política que constituíam a organização social injusta e desigual que os CLS julgavam encontrar na organização social moderna. A formação jurídica justificava a organização social moderna ao dar-lhe uma certa justificação racional ou natural, em vez de afirmar que era simplesmente o resultado de complexos processos de poder político[4].

A IMPORTÂNCIA DE UMA POSTURA DE CETICISMO E FRUSTRAÇÃO DIANTE DA CORRENTE PRINCIPAL DA EDUCAÇÃO JURÍDICA

Os Estudos Jurídicos Críticos mergulharam numa certa nostalgia pela inocência perdida, uma lembrança de alguma presença perdida que se tornou problemá-

2. Além disso, porém, o direito se manifesta por toda parte; quase toda prática social é ou uma função direta da aplicação de regras e princípios jurídicos, ou fortemente influenciada pela não aplicação do direito. Ver, por exemplo, a discussão de Duncan Kennedy (1991: 344-5) sobre o "conflito distributivo entre homens e mulheres".

3. Para um histórico do movimento nos Estados Unidos, ver Mark Tushnet (1991), "Critical Legal Studies: A Political History", "Critical Legal Studies as a Critical Method, Against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States". Quanto ao Reino Unido, ver Peter Goodrich (1992), "Critical Legal Studies in England: Prospective Histories".

4. Hunt (em artigo de fins dos anos 80, reproduzido em 1993: 180) explica a diferença:

> "O desencanto realista com o formalismo jurídico era pragmático; a ortodoxia não oferecia respostas satisfatórias ao grupo social que os realistas procuravam representar. O formalismo não oferecia um rumo satisfatório aos profissionais do direito preocupados com o aumento de sua capacidade de prever o resultado dos litígios, nem uma estrutura que atendesse às preocupações políticas dos legisladores. Os acadêmicos ligados aos CLS não têm essas preocupações pragmáticas; não procuram articular as preocupações dos profissionais praticantes ou dos legisladores, ou, em termos gerais, dos que estão "inseridos" no processo legal. Esses acadêmicos são motivados por um objetivo político muito mais amplo, dentro do qual "o problema" propriamente dito é "o direito"; não se considera que o direito seja capaz de resolver os problemas dos quais parece tratar. Ao contrário, vêem-no como uma parte importante do complexo conjunto de processos que reproduz a experiência e a realidade da subordinação e da dominação humanas; portanto, a preocupação mais ampla com as condições e possibilidades da emancipação humana constitui a perspectiva política dominante do movimento."

tica graças às condições particularmente alienadoras da existência social moderna. Esta é a corrente que está na base da descrição que Robert Gordon (1982; revisado em 1990) faz do *espírito de desilusão* diante dos estudos jurídicos, que se abateu sobre muitos acadêmicos e estudantes nas décadas de 1960 e 70 e forneceu bases sólidas para o florescimento do movimento CLS. Gordon assinala, em particular, a insatisfação com abordagens de ensino e estudo do direito e da prática jurídica que enfatizavam:

(i) a imagem tradicional ou formalista do desenvolvimento do direito contra o qual os realistas jurídicos norte-americanos se haviam posicionado desde a década de 1920. Era a imagem de um desenvolvimento jurídico que se dava por meio da análise doutrinária – a argumentação dos realistas jurídicos era aquela segundo a qual a concepção dominante pressupunha uma imagem do direito como um sistema completo e autônomo de regras, conceitos e princípios logicamente coerentes. Aplicar o direito não era coisa notável; dizia respeito simplesmente ao inevitável desdobramento de implicações que eram inerentes ao material jurídico apresentado. As técnicas do juiz eram socialmente neutras e suas concepções pessoais irrelevantes. Julgar era uma questão de descoberta; organizar a descoberta dos fatos e dizer o direito. Portanto, a decisão final era tida como uma questão de necessidade, e não de escolha. Os realistas jurídicos norte-americanos argumentavam que a idéia de um avanço juridicamente conduzido devia ser substituído por um modelo de desenvolvimento conduzido pelo entendimento das conseqüências socialmente desejáveis. Para os realistas, a certeza jurídica não era apenas impossível de se obter; era também objetivamente indesejável. A sociedade moderna vivia em estado de modificação contínua; precisava de critérios que a guiassem e de instituições que acomodassem a rápida transformação social. Tanto a abordagem tradicional quanto os argumentos dos realistas pressupunham o consenso liberal; as pessoas dotadas de razão podiam concordar com os termos das discussões, e um advogado relativamente hábil podia debater questões doutrinárias de maneira impassível e profissional. A exigência realista da introdução de perspectivas sociológicas e de outra natureza levaria a uma "teoria jurídica sociológica" mais complexa, representando a realidade das situações sociais, e os interesses sociais a ser servidos não se furtavam à ampla estrutura liberal[5]. Contudo, no contexto dos Estados Unidos dos anos 60 e 70, uma atmosfera cultural em sintonia com os movimentos de liberação de negros/brancos, feministas, gays e conflitos de gerações, ao lado de uma crescente polarização política, de manifestações em prol dos direitos civis e contra a guerra do Vietnã e inúmeros escândalos por corrupção, essa concepção de consenso liberal parecia estar fora dos eixos[6];

5. Como diz Horwitz (1992), o realismo podia ser visto ou como uma continuação da agenda reformista do progressismo anterior à Primeira Grande Guerra, que respondia às desigualdades de classe em nome da conquista de uma verdadeira sociedade liberal, ou, como no caso de Karl Llewellyn, uma nova "metodologia" ou tecnologia da realidade.

(ii) a concepção dos juristas desempenhando seu papel num contexto de ciência política e adotando uma postura de reforma perante as mudanças sociais pressupunha, na condução do governo, uma elite imparcial e inteligente que o advogado poderia assessorar nas questões de legislação e política. Esta havia sido, sem dúvida, a intenção de Austin, cujo primeiro objetivo consistira em convencer as elites dominantes da verdade do princípio de utilidade e, em seguida, introduzir a crença na educação para as massas, mas tal educação consistia, em grande parte, em socializá-las para que assimilassem o ponto de vista da classe dominante. Para os adeptos dos CLS, a obra de Hart deu prosseguimento a essa tendência, introduzindo uma concepção de vastos contingentes populacionais obedecendo por hábito, com a concepção crítico-reflexiva sendo necessária somente aos profissionais do direito (os que pertencem ao sistema). Contudo, influências como a guerra do Vietnã, o militarismo bilateral e a corrupção de Watergate desestabilizaram esse pressuposto. Por sua vez, os CLS se dedicaram a seus escritos não a serviço de uma reforma social feita em etapas, mas de uma política radical.

Em resultado, professores e estudantes interessados nas questões sociais testemunharam:

(iii) a ausência de preocupações humanas concretas nas discussões nas faculdades de direito. Duncan Kennedy (reproduzido em Kairys, ed. 1990), num famoso artigo intitulado "Legal Education as Training in Hierarchy" [A educação jurídica como um exercício de hierarquia], discorre sobre estudantes que chegam às faculdades de direito (nos Estados Unidos, a faculdade de direito é uma pós-graduação*) pensando que vão estudar as questões mais prementes de sua época. Em vez disso, boa parte do material é tediosa e enfadonha, e só se refere à realidade social viva através das lentes abstratas dos conceitos jurídicos. A vida real é suor e sangue, sexo e vômito, esperança e depressão, opressão e lucro – tudo o que fica fora dos materiais discutidos nas escolas de direito.

6. A crítica (por exemplo, Kennedy, 1976) seria ainda muito mais severa quando aplicada à imagem européia – exemplificada por H. L. A. Hart – do sistema jurídico como algo dominado por regras (e não por padrões), por definições individualistas (e não altruístas) dos direitos jurídicos e pelo raciocínio dedutivo (e não politicamente orientado). Enquanto a argumentação dos realistas jurídicos via essa imagem como uma representação equivocada da realidade do processo legal, para os autores CLS o direito era contraditório em todas as áreas nas quais a formação tradicional o apresentava como uma prática coerente; portanto, uma tarefa importante era livrar-se do domínio dessa falsa representação ideológica.

* Quase todos os Estados norte-americanos exigem que, para tornar-se advogado, é preciso completar quatro anos de faculdade (graduação), depois três anos de uma faculdade de direito (pós-graduação) e, por fim, ser aprovado em um exame da Ordem. (N. do T.)

(iv) quando alunos de espírito mais reformista iam para a vida prática, esperavam conseguir impor mudanças reais. Sob o argumento de que colocariam o liberalismo moderno à altura de suas promessas de direitos individuais, igualdade, independência de legalidade e liberdade social, eles logo se deram conta de que, na verdade, as vitórias aparentes eram muito ambíguas em seus resultados. Como afirma Gordon:

> As difíceis lutas em nome da conquista de novos direitos legais para os oprimidos começaram a parecer vitórias ambíguas. O sistema jurídico oficial fora obrigado a reconhecer o questionamento de suas promessas utópicas. Contudo, esses ganhos reais podem ter aprofundado a legitimidade do sistema como um todo; o movimento trabalhista assegurou os direitos, extremamente importantes, de organização e de greve ao custo de amoldar-se a uma estrutura de regulamentação jurídica que atestava a legitimidade da administração na tomada da maioria das decisões sobre as condições de trabalho (1982: 286).

Portanto, a atenção teórica voltou-se para a tentativa de entender como o direito servia para legitimar a ordem social existente. Um dos objetivos óbvios era a teoria jurídica, uma vez que

(v) a preocupação profissional dos futuros advogados exigia uma teoria jurídica que os deixasse afinados com as exigências da prática jurídica profissional. Assim, boa parte da teoria jurídica, tanto aquela ensinada num curso especial quanto aquela inerente a partes de cursos centrais, pareciam funcionar de modo que justificassem as estruturas vigentes. O conhecimento jurídico tradicional parecia criar uma imagem do atual estado de coisas e do sistema jurídico que sustentava e constituía a sociedade como um todo funcionalmente eficaz e progressista. Os adeptos dos CLS não compartilham esse ponto de vista.

A PROBLEMATIZAÇÃO DO PROGRESSO SOCIAL E A HUMANIZAÇÃO DA TEORIA JURÍDICA

As diferentes problemáticas dos CLS – que vêm à luz quando passamos do positivismo para a interpretação, ou hermenêutica, e interrogamos criticamente os fenômenos sociais do direito – podem na verdade ser interpretados como uma importante problemática do progresso social e do papel constitutivo do direito na criação de uma ordem social totalmente moderna[7]. Embora esta seja a metaproblemática, diversas problemáticas presentes nos CLS são as que têm por preocupação:

7. Compare-se com Dworkin, que nos pede para refletir sobre qual estado de espírito do direito e do desenvolvimento jurídico gostaríamos de compartilhar – o otimismo ou o pessimismo. Ele nos exorta a manter a fé no otimismo – a interpretar o direito como uma força progressista e a lutar por um futuro ainda melhor. Dworkin deixa claro que a teoria jurídica deve justificar o direito e servir de guia ao sistema ao longo de seu avanço:

(i) a pessoa;
(ii) o texto;
(iii) a atribuição de direitos; e
(iv) o significado das afirmações e dos efeitos (ideologia e prática) do direito.

Essas problemáticas são interligadas; as reflexões sobre o método implicam reflexões sobre a visão social, a metodologia de ver, articular e criticar a realidade social; portanto (assim se espera), a ação de uma pessoa não se encontra tanto sob o domínio da mistificação ideológica.

Em parte, os CLS são uma expressão da *Angst** – da dúvida sobre si mesmo – que aflige os juristas acadêmicos do fim do período da modernidade. Como conceber a relação entre o direito e a pessoa? Para compreender o significado da subjetividade jurídica contemporânea, os adeptos dos CLS parecem acreditar que devemos, primeiro, compreender e situar a pessoa do modernismo avançado, que é consciente de seu gênero e raça. Vejamos as páginas iniciais de um livro de 1991, *The Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor* [A alquimia de raça e direitos: diário de um professor de direito], de Patricia J. Williams:

> Uma vez que a posição do sujeito é tudo em minha análise do direito, vocês merecem saber que a manhã está péssima. Estou muito deprimida. Sempre demoro um tempo para descobrir o que há de errado, mas em geral começa com algum tipo de pensamento perfeitamente irracional, do tipo: odeio ser advogada. Nesta exata manhã, estou sentada na cama, lendo sobre vícios redibitórios. Vício redibitório é um defeito de uma mercadoria que, se já existia por ocasião da compra, dá ao comprador o direito de devolver a coisa e reaver parte (ou a totalidade) do preço que por ela pagou. O caso que estou lendo é uma decisão do estado da Louisiana que diz respeito ao vício redibitório da loucura:

Se uma teoria do direito deve fornecer uma base para o dever judicial, então os princípios que ela enuncia devem justificar as regras estabelecidas ao identificar as preocupações e tradições políticas ou morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, realmente dá sustentação às regras (*Taking Rights Seriously*: 67).

Para Dworkin, embora "esse processo de justificação deva levar o advogado a aprofundar-se na teoria jurídica e política", só estamos preocupados com a melhor interpretação construtiva do liberalismo a fim de realizar as tarefas do libealismo. Dworkin postula uma narrativa do direito e da prática jurídica que fortaleça e reformule criticamente o liberalismo a partir de seu interior, ao mesmo tempo que, para ele, os CLS simplesmente postulam uma narrativa diferente da prática jurídica. Uma narrativa que enfatiza uma concepção imperfeita e contraditória – a da vida como caos. Para Dworkin, contudo, esse "ceticismo externo" é de pouca utilidade; em vez disso, ele só levará em consideração o "ceticismo interno". São narrativas que apontam para diferentes concepções da natureza do direito. Está em jogo saber em que pé estamos no projeto da modernidade e no desenvolvimento do liberalismo. Será que a história do desenvolvimento social e político-jurídico dos últimos duzentos anos é interpretada como uma trajetória extremamente progressista, no sentido de que isso nos ofereceria um lugar muitíssimo desenvolvido e "melhor" do que aquilo que se tinha antes? Ou será que o que se vê é exploração, miséria, alienação, sonhos destruídos, promessas não cumpridas, um simulacro de legalidade liberal? Os adeptos dos CLS – por exemplo, Roberto Unger, pessoa muito ligada aos movimentos sindicais e de direitos humanos em seu país, o Brasil – assinalam os aspectos negativos da modernidade e desejam incluir essas imagens no âmbito dos itens que consideramos como "direito" e "efeitos legais".

* Palavra alemã que significa "medo", "angústia", "inquietação", "ansiedade". (N. do T.)

> O demandante alegou ter comprado do réu uma escrava chamada Kate, pela qual pagou quinhentos dólares, e dois ou três dias depois descobriu-se que a escrava era louca, e fugiu, e que os vícios eram do conhecimento do réu. (...) [O vendedor] afirmou que Kate não era louca, mas apenas estúpida, e que estupidez é diferente de loucura; mas, ao contrário, um defeito aparente, contra o qual o réu não o advertiu. (...) O código havia declarado que uma venda podia ser evitada por conta de qualquer vício ou defeito que torne a coisa absolutamente inútil, ou seu uso tão inconveniente e imperfeito, que se deva presumir que o comprador não a teria adquirido se tivesse conhecimento do vício. Estamos convencidos de que a escrava em questão era totalmente inútil, ou, talvez, pior que isso.
>
> Como eu disse, este é o tipo de manhã em que odeio ser advogada, professora ou qualquer outra coisa em minha vida. É tudo que posso fazer para alimentar meus gatos. Deixo meus cabelos soltos, revoltos, reviro os olhos.
>
> Vocês devem então saber que esta é uma daquelas manhãs em que me recuso a estar apresentável; devem saber que estão lidando com alguém que está escrevendo isto com um velho roupão de banho felpudo, com pequenas franjas azuis das quais pendem borlas brancas, tentando saber se é estúpida ou louca...

Na seqüência dessa interação de narrativa pessoal e comentário sobre a realidade social, Williams descreve imagens da televisão que liga em busca de inspiração; imagens que a informam de que "as condições são más, muito más, em todo o mundo (...)". Williams procura subverter o sentimento que um grande economista norte-americano, John Kenneth Galbraith (1992) chamou de "cultura do contentamento", em que os membros das classes mais abastadas, sobretudo os que estão empregados e compartilham o aumento da prosperidade econômica, fecham os olhos ao sofrimento dos explorados e constroem sistemas intelectuais que não os deixem sentir-se socialmente responsáveis.

Seu ataque também se volta para aquilo que os CLS chamam de *reificação*. Que tipo de processo é esse em que os tribunais só podem falar sobre uma pessoa com a linguagem de vícios "redibitórios"? Como essa discussão sobre uma mulher, Kate, se reduz a saber se o comprador pode ou não ter seu dinheiro de volta – o que, por sua vez, depende de saber se o tribunal a considera estúpida ou louca? Williams brinca com as palavras, pedindo-nos para imaginar se ela própria é estúpida ou louca por deixar-se irritar.

Williams, e os CLS em geral, desejam que nos empenhemos em desarticular as estruturas confortáveis de nossos pensamentos. Ver a pobreza, a irracionalidade, a corrupção, a violência, a proximidade da morte, a mera estranheza do mundo – o que eles afirmam é que o pensamento jurídico tradicional impõe uma barreira a tais pensamentos. O pensamento jurídico tradicional nos diz implicitamente que tudo é como deveria ser, e que nosso papel como advogados ou pensadores do direito não deve ser posto em dúvida. O direito é o instrumento da modernidade, e a modernidade é sã, racional, funcional e eficiente (ainda que às vezes os que escrevem sobre o direito também chamem a atenção para certas ineficiências que poderiam ser

sanadas por mais direitos de propriedade, pelo Estado de Direito e pelo livre-mercado). Os escritos CLS enfatizam a zona vulnerável das pretensões da modernidade à universalidade, à razão e à coerência.

Outra questão: os autores CLS, como Williams, Kennedy ou Unger, passam rapidamente da análise social para as preocupações individuais. Isso não acontece simplesmente para tornar as proposições abstratas mais acessíveis, nem para situar o sujeito. Como diz Unger:

> Toda verdade sobre as pessoas pode ser vista duplamente: como uma verdade sobre as sociedades e sua história e como uma verdade sobre o indivíduo e suas paixões (1987: 199).

Unger não parte de uma imagem subjacente da humanidade que corresponda a uma natureza humana essencial: para ele, um dos motivos das contradições na ordem social (que os CLS enfatizam) está no fato de serem, elas próprias, uma expressão "das exigências conflitantes da auto-afirmação". Embora Unger acredite que devamos adotar conscientemente uma política em nossa legalidade – e a política dele é a de uma comunidade superliberal (uma posição um tanto contraditória em termos usuais) –, seu conceito de "comunidade" é uma idéia reguladora, e não a crença na existência de um estado de coisas concreto (ainda por vir).

PARA OS ESTUDOS JURÍDICOS CRÍTICOS, AS TÁTICAS VÁLIDAS INCLUEM A PERSONIFICAÇÃO DA RAZÃO (OU DA RACIONALIDADE) DO TEXTO E A CRIAÇÃO DA INSTABILIDADE E DA AMBIGÜIDADE NO TEXTO

Os textos CLS são freqüentemente de leitura difícil e complexa. Uma vez que pressupõem que o saber jurídico tradicional luta por manter a tristeza, a violência e o vômito do mundo à distância, seus autores tentam romper com o modo tradicional de escrever e interpretar a cultura jurídica. Os temas que introduzem são também pouco convencionais – sentimentos, identidade pessoal, tragédia, a violência oculta do conhecimento jurídico contemporâneo, a relação essencial das coisas do mundo. Os autores CLS subvertem as imagens confortáveis da ausência de valores científica e da objetividade do positivismo – e retomam as formas literárias, a preocupação com a retórica, a identificação do direito como texto e, portanto, aberto aos mesmos tipos de tática que os críticos literários usam para analisar as obras dos "romancistas"[8]. Os autores CLS lutam por desvencilhar-se dos estreitos limites da cultura moderna e revitalizar a ligação entre vida, imagens do direito e conceito de justiça:

8. Williams (1991: 6) assim descreve seu livro: "Trata-se de um livro sobre a teoria jurídica dos direitos. Tentarei aplicar o chamado pensamento crítico aos estudos jurídicos. Acredito que certos *insights* da teoria crítica podem oferecer uma profunda contribuição aos debates sobre a ética do direito e o significado dos di-

> A consciência de que a vida é complexa é um fato de grande importância analítica. O direito freqüentemente procura evitar essa verdade, criando sua própria linhagem de verdades estreitas, simples, porém hipnoticamente poderosas em sua retórica. Reconhecer, desafiar e jogar com essas verdades enquanto gestos retóricos é algo que me parece necessário quando se tem em vista qualquer concepção de justiça. Esse reconhecimento complica a suposta pureza de gênero, raça, voz, limite; permite que reconheçamos a utilidade de tais categorizações para certos fins, bem como a necessidade de sua eliminação em outras ocasiões. A definição também se vê dificultada em sua mudança, em sua expansão e contração ao sabor das circunstâncias, em seu espaço para a possibilidade de taxonomias criativamente unidas e seus resultados extremamente imprevisíveis (Williams, 1991: 10).

O desejo de Williams de romper com aquilo que percebe como constrangimentos dos textos tradicionais chega às raias da licença literária. Como se esperasse por tal acusação, ela esclarece:

> Acho que um dos resultados mais importantes da reconceituação de verdade "objetiva" em evento retórico será uma consciência mais equilibrada de responsabilidade jurídica e social. E assim será porque boa parte das coisas enunciadas por vozes supostamente objetivas, não mediadas, encontra-se na verdade misturada a subjetividades ocultas e afirmações não verificadas, que se apropriam do outro para além do eu ao mesmo tempo que negam as conexões (*ibid.*: 11).

OBJETIVOS ESSENCIAIS DO MOVIMENTO DOS ESTUDOS JURÍDICOS CRÍTICOS

O liberalismo é um dos objetivos, assim como o marxismo. Todos os sistemas de pensamento que levam a pensar que o mundo não tem problemas, que apresentam alguma ligação necessária entre direito e formações sociais, são atacados. Porém, há dificuldades com os CLS – suas críticas às vezes parecem tão radicais, tão totalizadoras que negligenciam a luta por criar a modernidade, o núcleo de princípios que, apesar de impropriamente, servem para fazer do liberalismo uma filosofia da criatividade e liberdade individuais. O texto é quase sempre uma mensagem aos convertidos, mensagem que não consegue chegar aos detentores do poder e fazer alianças em nome de uma práxis progressista (às vezes, o escritor CLS tem medo de

reitos; contudo, muitos desses *insights* acham-se soterrados sob um vocabulário e uma abstração bastante misteriosos. Meu livro vai ocupar-se da interação entre proteção comercial e constitucional e se organizará em torno da discussão de três forças básicas da teoria jurídica: autonomia, comunidade e ordem. Meus capítulos tratarão de questões como mães de aluguel e propriedade, comunidade e os sem-teto, violência de motivação racial e rejeição. Além disso, tentarei escrever de modo que transponha o abismo tradicional entre teoria e prática. Não pretendo meramente simplificar; espero que o resultado seja um texto multifuncional – que abarque a concretude da vida real e revele a complexidade dos significados."

ser cooptado pelo sistema –, mas isso cai no terreno do romantismo de se ansiar por uma situação revolucionária).

A maior parte dos textos CLS é uma agressão indiscutível à legislação liberal, que é tida como portadora de vários pressupostos equivocados.

(i) O pressuposto da neutralidade do direito. Para o movimento CLS, porém, essa separação entre direito e política é teoricamente falsa e desorientadora para o povo. O liberalismo é tido como mistificador no sentido de presumir que o direito pode, de alguma forma, ser normalmente invocado pelos indivíduos contra o Estado, ainda que seja criação deste.

(ii) O pressuposto de que a razão jurídica é, de alguma forma, uma questão não problemática. Os Estudos Jurídicos Críticos tomam o lugar da crítica da idéia de uma "lógica jurídica" politicamente neutra, isto é, da idéia de que pode haver uma análise jurídica que não seja, em algum sentido, politicamente orientada ou ligada a agendas políticas.

(iii) O pressuposto de que as leis são dados positivos da vida social, isto é, que têm significados objetivamente determinados que não se pode, na verdade, contestar; que sua validade e importância são determinadas por métodos objetivamente inquestionáveis. As leis e o sistema jurídico têm alguma forma de relação natural ou funcional com as condições subjacentes, objetivamente reconhecíveis, da existência social (cf. o funcionalismo implícito de Austin e Hart, para não mencionar as condições mínimas do direito natural para Hart). Por sua vez, os autores CLS usam uma forma mais pós-moderna de escrita que tenta libertar a análise jurídica da idéia de tecnicalidade neutra e mostra que é um instrumento político. Portanto, os juristas precisam fazer escolhas relativas ao modo como vão usar esse instrumento: a que políticas e políticos irão servir? Além disso, os autores CLS, Unger em particular, têm uma visão radicalmente condicional dos fundamentos da vida social. A sociedade contemporânea não é nenhuma formação naturalmente evolutiva; trata-se, antes, de uma "política congelada".

(iv) A contingência e a abertura radicais da modernidade e, portanto, o significado do progresso social. Aprofundaremos esta questão quando Unger for considerado em linhas gerais.

O LIBERALISMO JURÍDICO VISTO COMO REPRESENTANTE DE UMA FORMA ESPECÍFICA DE POLÍTICA

O liberalismo jurídico serve para preservar o *status quo* de desigualdades sociais e econômicas. A filosofia jurídica liberal fala do direito com ênfase na igualdade; sobretudo a igualdade perante o direito, como no conceito do estado de direito. Os ju-

ristas contemporâneos, como Ronald Dworkin, são criadores de mitos no sentido de que criam narrativas de coerência e razão quando, na verdade, o direito é político e contraditório.

Os CLS exigem a substituição do legalismo jurídico por uma *política de transformação*. Essa perspectiva tem por objetivo revelar a possibilidade de mudança em todas as formas de relações e estruturas institucionais sociais. Os pensadores radicais devem agir de acordo com as práticas legais e utilizar argumentos desconstrutivos e desmistificadores para promoverem mudanças libertadoras. Ao demonstrarem a falsidade de quaisquer alegações de inevitabilidade ou absolutismo social, os autores CLS esperam revelar possibilidades ocultas pelas idéias dominantes.

A maioria desses autores se distancia do marxismo, e não se faz tentativa alguma de chegar a uma concepção estável sobre o tipo de estrutura jurídica ou o tipo de sociedade desejada pelos CLS. Essa recusa em especificar o objetivo fundamental é ditada pela perspectiva teórica que os CLS adotam. Especificamente:

(i) Um ataque a todas as afirmações de que existem alguns tipos de leis naturais da história que fogem ao controle dos seres humanos. Esta é uma rejeição da teoria marxista do materialismo histórico. Portanto, o marxismo é visto simplesmente como mais uma ideologia; no caso, como uma ideologia que reivindicava verdades absolutas para sua imagem dos processos históricos inevitáveis.

(ii) Isso também equivale a uma resistência à idéia de que existem forças sociais ou econômicas que controlam a vida humana de modo irresistível ou objetivo. Ao contrário, a vida social é vista como algo continuamente criado pelas escolhas e decisões individuais das pessoas no contexto de sua coexistência. Portanto, os CLS revelam uma falta de interesse pela ciência social que trata a sociedade e os fenômenos sociais como objetos de estudo.

(iii) Uma desconfiança de todas as teorias e idéias que fazem o mundo social parecer natural e inevitável.

(iv) A rejeição da idéia de absolutos morais. Assim, não podemos determinar com antecedência como seria uma sociedade perfeita ou um direito perfeito. Unger assim se manifesta sobre o projeto radical: "Não existem formas únicas ou predeterminadas que [o projeto radical] deva presumir ao longo de seu avanço." Não faz sentido tentar especificar as formas de utopia ou coisa semelhante. A idéia consiste apenas em opor-se a todas as afirmações repressivas de que o direito e a sociedade não podem ser criticados em sua essência; que sua natureza é estável e imutável; que é impossível abrir espaço para críticas ou transformações.

A abordagem do direito reflete a abordagem geral do social. Em termos gerais, para Gordon, os CLS introduzem uma abordagem interpretativa ou antipositivista do direito na sociedade. Em suas palavras,

> (...) a preocupação não diz respeito apenas aos modos específicos, indiscutivelmente numerosos, pelos quais o sistema jurídico atua no sentido de constranger os pobres (...), mas sim a todos os modos pelos quais o sistema parece, à primeira vista, basicamente incontroverso, neutro, aceitável...

O que é o direito? O direito é um entre muitos outros sistemas de significação que as pessoas constroem a fim de lidar com as necessárias relações com outras pessoas. Porém,

> O direito, como a religião e as imagens da televisão, é um desses conjuntos de crenças – e ele se liga a inúmeros outros conjuntos não-jurídicos, porém semelhantes – que convencem as pessoas de que todas as relações hierárquicas sob as quais vivem e trabalham são naturais e necessárias (1982: 286-7).

Portanto, o direito é hegemônico. Esta é uma das duas idéias-chave que são freqüentemente usadas pelos CLS e que derivam da tradição marxista; enfatiza que, na sociedade capitalista moderna, o domínio é basicamente obtido não pela força ou repressão, mas pelo domínio de sistemas de crença compartilhados tanto pela classe dominante quanto por seus subordinados. Idéias favoráveis às classes dominantes passam a ser aceitas pelas classes subordinadas. Em particular, a hegemonia enfatiza que

> (...) o modo de dominação mais eficaz ocorre quando tanto as classes dominantes quanto as dominadas acreditam que a ordem existente, talvez com algumas mudanças periféricas, é satisfatória, ou pelo menos representa o máximo que se poderia esperar, porque afinal de contas as coisas têm de ser como são (*ibid.*: 286).

Os partidários dos CLS preocupam-se muito com o modo como a hegemonia é criada e mantida, e, em particular, com o papel que as idéias jurídicas desempenham nesse processo. Eles se empenham em *desconstruir a estabilidade abstrata dos conceitos jurídicos*: os conceitos jurídicos só podem ser considerados na perspectiva das relações de conflito e escolha sobre cujas bases se assentam[9].

9. Uma importante área de ataque é o campo da doutrina dos contratos. Na Inglaterra, A. Thompson, "The Law of Contract" (na edição de I. Grigg-Spall e P. Ireland, 1992: 69-76), critica o modo como geralmente se ensina o direito dos contratos, em que "as questões de justiça social e distributiva, estudadas como conseqüências dos contratos e que ameaçam a ordenação de mundos e princípios, são simplesmente excluídas do universo irreal da teoria dos contratos (...)". E qual é o resultado? "O direito contratual cria uma imagem dominante da sociedade bem ordenada; uma sociedade na qual o direito aparece como o 'paraíso da justiça', distante da sujeira dos negócios, da política, do poder e dos conflitos de interesses e valores; uma sociedade que está acima das incertezas e incoerências da argumentação política e moral (...) faz com que a contingência do capitalismo e das relações sociais como relações de troca de mercado se assemelhe a fatos necessários da vida (...)." O direito de contratos leva a concretude da vida real a ficar de fora das discussões racionais das salas de aula.

Os CLS afirmam que o direito é importante em termos ideológicos. Se a vida social não é um objeto, não é algo apresentado a nós, mas sim criado por indivíduos, o que é que força as pessoas a recriá-la constantemente, da mesma maneira? Será que a hegemonia das idéias não permite que a maioria das pessoas anteveja possibilidades para além do que já existia anteriormente ou do que lhes é apresentado como conhecido? O direito contribui poderosamente para a hegemonia das idéias; fornece um reservatório de idéias que constituem a noção de propriedade privada, liberdade de contrato, autoridade e coerção legítima, responsabilidade individual etc. Acima de tudo, cria a idéia de direitos que subseqüentemente ergue barreiras nocionais ao redor dos indivíduos e vê a relação natural com os outros como questão de confronto e defesa. Os direitos são armas, e o direito assegura que as pessoas se sintam bem armadas umas contra as outras.

Mas isso significa cair na armadilha da reificação, ou do processo pelo qual as idéias são tratadas quase como se fossem coisas, objetos em si mesmas. Muito embora o direito se desenvolva, na verdade, através de batalhas a propósito de determinadas idéias e disposições, bem como da manipulação das pessoas, é apresentado como se a doutrina fosse uma realidade fixa. Digamos que, entre A e B, surja um litígio que termina sendo levado ao tribunal. O tribunal decide que a lei favorece A contra B. Dizemos que A tem direitos contra B, e que B tem uma obrigação legal ou moral para com A. O direito é, agora, algo que A possui. Tornou-se uma coisa.

Portanto, encaramos as idéias jurídicas como se fossem coisas: a "propriedade" é tida como uma coisa; o mesmo se diz de "patrimônio", "contrato", "delito civil". Essas coisas povoam nosso mundo de idéias. Parecem sólidas e inevitáveis. Fazem o mundo parecer imutável e excluem a realidade da interação humana[10], mas será que as coisas são assim mesmo?

Para lutar contra a hegemonia e a reificação, os CLS têm por objetivo:

(i) excluir a idéia de que o mundo social é um cenário de bases naturais objetivamente identificáveis pela realidade política da interpretação. Não existe um modo natural ou objetivamente racional de perceber o mundo; portanto, a abordagem interpretativa ou hermenêutica é intrinsecamente política. Disso se segue que o mundo social é em grande parte criado pelos seres humanos, que podem, portanto, mudá-lo se mudarem seu modo de percebê-lo e usarem o poder que é – na "realidade" – deles. Desse modo, a mudança jurídica não deve ser um reflexo passivo das verdades da condição humana, mas sim uma arma da luta política progressista[11]. Contra o determinismo das condições sociais, autores CLS como Gordon (1982: 290) defendem a indeterminação social:

10. Vejamos, de novo, a abertura do livro de Patricia Williams: como pôde Kate, uma negra inocente, ser comprada e vendida, reduzida a uma discussão sobre sua transformação em produto em termos de estupidez ou loucura, ser mencionada num contexto de "vício redibitório"?

11. Ainda citando Gordon (1982: 290), "Se começarmos a ver o mundo dessa forma – não mais como um conjunto estável de 'condições econômicas' ou 'forças sociais' que nos oprimem, mas sim como um processo de criação contínua dos seres humanos, que reproduzem continuamente o mundo que conhecem porque julgam (equivocadamente) não ter escolha –, é evidente que estaremos introduzindo uma abordagem muito diferente no debate sobre a possibilidade ou não de a transformação jurídica produzir mudanças reais ("sociais e econômicas"), ou de o direito ser totalmente dependente do mundo real e "implacável" da produção.

12. A síntese de Kelman em *A Guide to Critical Legal Studies* (1987: 3) é reveladora. Ele acusa o pensamento liberal dominante de apresentar uma imagem de coerência e lógica doutrinárias quando a realidade não passa de contradição subjacente e ocultamento da contradição. Na verdade, o pensamento legal é "simultaneamente assediado pela contradição interna (não por 'preocupações antagônicas' engenhosamente ponderadas até obter-se um equilíbrio judicioso, mas sim por um conflito irredutível, irremediável e insolúvel) e pela repressão sistemática da presença dessas contradições".

> As coisas parecem mudar na história quando as pessoas rompem com seu modo habitual de reagir à dominação, agindo como se os obstáculos à melhora de suas condições de vida não fossem reais e elas pudessem mudar as coisas, e às vezes elas podem, ainda que nem sempre como esperavam ou pretendiam fazê-lo...

Contra Gordon, porém, do fato de que o mundo social é criado pelas pessoas não se segue que elas possam mudá-lo facilmente. A indeterminação do movimento CLS é ambivalente; é como se o próprio chamado à ação ocorresse em reconhecimento da dificuldade de combater o poder e a multiplicidade das forças sociais em operação na modernidade tardia. Além do mais, podemos perguntar: o que vai substituir a reificação das idéias? Há um caminho sutil a ser trilhado entre a plasticidade e a incoerência, entre o perspectivismo interpretativo e o niilismo; afinal, a autoridade que Hobbes impôs à ordem social – uma autoridade não desejada pelo movimento CLS – nasceu em parte da multiplicidade discursiva ao romper-se a coerência da síntese medieval. Contudo, esse processo de interpretação política é quase sempre decididamente crítico ou desestabilizador, francamente desconstrutivo e alegremente depreciador dos textos legais e das correntes doutrinárias preponderantes (ver, por exemplo, Kelman, 1984). Os outros objetivos são:

(ii) atacar a reificação das idéias jurídicas. Mostrar que se trata apenas de idéias e do resultado de argumentos e conflitos específicos que, em última instância, são argumentos políticos sobre o modo como deveríamos viver. Portanto, o universo jurídico não é uma estrutura neutra e inevitável de regulamentação, mas uma arena política (e uma arena em que, por exemplo, a interpretação semiótica dos argumentos jurídicos tem a mesma importância da interpretação de fatos e regras; ver Duncan Kennedy, 1989, "A Semiotics of Legal Argument").

(iii) atacar a hegemonia do liberalismo jurídico, mostrando particularmente as contradições internas das idéias jurídicas. Se estas são contraditórias e cheias de conflitos, então podemos encarar sua dominação como uma questão de escolha ou imposição, e não de opção natural[12]. Um bom exemplo é um ensaio de Duncan Kennedy sobre o contrato, "Form and Substance in Private Law Adjudication". Kennedy enfatiza a tensão contínua entre forma, "por exemplo os

atributos formais de um contrato válido –, comutatividade, intenção de criar uma relação jurídica, oferta/aceitação etc." e objeto válido (ou irracionalidade dos termos, despropósito, desequilíbrio do poder de negociação e política pública). Ele também se refere à tensão entre regra e princípios, ou entre direito estrito e justiça ou eqüidade.

Embora o direito tenha por objetivo a lógica, a precisão de raciocínio etc., está constantemente adotando soluções pragmáticas em seu embate com a realidade. A experiência supera qualquer tipo de lógica estritamente jurídica. Na realidade do direito contratual, objeto válido e formalismo se contradizem; por exemplo, o direito parece exigir o equilíbrio das prestações para que uma troca lícita possa ocorrer, mas essas considerações podem ser reduzidas a ninharias – a algo puramente formal ou nominal. De novo, o objeto válido exige que ambas as partes tenham a intenção de chegar a um acordo. Mas há um critério objetivo de intenção comum – a saber, se as partes compreenderam os termos, o que nos permite ver que, na verdade, a exigência de objeto válido acaba sendo uma mera formalidade. Essas contradições são recorrentes no direito, e a prática jurídica pode ser transformada (ou assim se espera) por nosso conhecimento dela. Essas contradições são algo que podemos eliminar por meio de uma melhor ciência do direito? Ou serão irremovíveis? Kennedy sugere esta segunda alternativa, uma vez que as contradições na realidade do direito refletem contradições fundamentais da condição humana no contexto da modernidade. Especificamente, a modernidade liberal cria uma tensão entre o individualismo concreto sob a idéia de um estado de direito abstrato e infalível, por um lado, e nossos sentimentos comunitários de empatia e altruísmo, por outro. O juiz se vê lançado em direções opostas por esses dois impulsos contraditórios:

> O altruísmo nega ao juiz o direito de criar regras sem verificar seus resultados, assim como nega que a única alternativa à postura passiva seja a afirmação de um poder discricionário total enquanto criador do universo jurídico. O altruísmo afirma que podemos chegar a uma compreensão dos valores que as pessoas introduziram em suas relações particulares e da tendência moral de seus atos. Estes às vezes permitem que o juiz tome uma decisão, depois do fato, com base em todas as circunstâncias, como uma pessoa-em-sociedade, não como indivíduo (1976: 1773).

Para os CLS, o direito é um campo de ação, e o modo como tomamos decisões jurídicas é produto de nossa "consciência legal", e não do fato de sermos determinados pelos dados do processo material. Kennedy (1986) nos pede para imaginar o que sente um juiz hipotético – um juiz bastante específico, no sentido de ser um ativista liberal comprometido com o uso do direito para fins de justiça social – quando se vê diante de um caso individual em que percebe a existência de uma regra jurídica que está em desacordo com o modo como ele deseja ver o caso resolvido.

Diante da exigência de conceder um mandado judicial para proibir um piquete, nosso juiz prefere ficar do lado do trabalhador, mas como ele pode esquivar-se à força obrigatória do "direito"? O direito só é obrigatório do ponto de vista positivista (Kennedy não leva em conta a posição de Dworkin nesse texto). Para a perspectiva interpretativa radical, devemos levar em conta a finalidade e o papel. O raciocínio jurídico é um tipo de trabalho dotado de finalidade – no caso, a finalidade consiste em dar ao caso o resultado que me é sugerido por meu senso de justiça, a despeito do que parece ser, à primeira vista, a existência ou a oposição do direito. Contudo, os dados jurídicos não obrigam – a obrigação imposta por um meio é relativa ao projeto escolhido ou à escolha do que se deseja fazer. Não existe uma determinação inevitável do resultado que seja antecipada pelos próprios dados jurídicos. O projeto escolhido é certamente limitado pelos dados de que se dispõe, mas o contraste não se dá entre um sujeito radicalmente livre e transcendental (o juiz existencialista), que pode fazer tudo, ou um robô condicionado pelo direito; trata-se, antes, de um tipo de trabalho que visa a um objetivo e é realizado com materiais específicos.

DUNCAN KENNEDY E A IDÉIA DE CONTRADIÇÃO FUNDAMENTAL

O empenho liberal no direito consiste em produzir regras claras em todos os casos, a despeito da contradição entre forma e objeto e entre regra e princípio. Qual a razão disso? Segundo análise de Kennedy num artigo de 1976, intitulado "Form and Substance in Private Adjudication", há um conjunto de contradições no cerne do liberalismo. O artigo de Kennedy (1979) sobre "The Structure of Blackstone's Commentaries" [A estrutura dos comentários de Blackstone] pergunta quais são as tensões sociais, os conflitos e dicotomias existentes por trás deles[13]. Com esse conhecimento, qual é então o papel da obra de Blackstone? A tensão básica se dá entre comunidade e autonomia.

> A maioria dos participantes da cultura jurídica norte-americana acredita que o objetivo da liberdade individual é ao mesmo tempo dependente e incompatível com a ação comunitária coerciva que se faz necessária para obtê-lo. Outras (família, amigos, burocratas, o Estado) são necessárias se pretendemos nos tornar pessoas integrais (...). Mas ao mesmo tempo que nos forma e protege, o universo dos outros (...) ameaça-nos com a aniquilação (...). Infinitas conformidades, grandes e pequenos abandonos do eu em nome dos outros – eis o preço da liberdade que experimentamos na sociedade (1979: 211-2).

13. Como Kelman (1987) sintetiza o projeto de Kennedy nessa análise:

> Ao expandir o *insight* realista de que a categorização jurídica cria uma ênfase que pressupõe um aspecto de 'solidez, realidade e valor intrínseco'. Kennedy analisa exaustivamente os modos como os comentários conferiam legitimidade às práticas sociais existentes na Inglaterra de Blackstone através da criação de categorias artificiais que aos poucos assumiam uma aparência de necessidade. A análise estrutural dos comentários é, na verdade, uma indagação indireta sobre os modos como os limites e agrupamentos do pensamento jurídico moderno contribuem para a estabilização de uma ordem social existente.

A contradição é de tal monta que a liberdade individual depende da coerção coletiva. Precisamos dos outros ao mesmo tempo que definimos nossa liberdade por oposição a eles. Para Kennedy,

> A contradição fundamental – o fato de as relações com os outros serem ao mesmo tempo necessárias à liberdade e incompatíveis com ela – não é apenas intensa. É também onipresente (...), é um aspecto de nossa experiência de todas as formas de vida social (...). Simplesmente não existem questões legais que não envolvam diretamente o problema do conteúdo legítimo da coerção coletiva, uma vez que, por definição, um problema legal só passa a existir quando alguém tiver pelo menos imaginado que poderia invocar a força do Estado (*ibid.*: 213).

Em seu artigo, Kennedy afirma que nossa consciência da contradição fundamental não é um aspecto inevitável da existência humana, mas sim o ponto final de um longo processo de transformação histórica. Os *direitos* são o mecanismo pelo qual o liberalismo oculta a contradição. Os direitos são afirmações de liberdade abstraídas das condições sociais, sem que na verdade determinem a natureza dessa liberdade[14].

Para onde isso leva? Ninguém sabe ao certo! A ambigüidade resulta nisso: será a contradição fundamental (i) um atributo exclusivo do liberalismo, que por isso mesmo vai desaparecer quando este for superado, ou (ii) trata-se de uma característica essencial da condição humana que o liberalismo apenas realça?

No primeiro caso, então, os CLS têm por finalidade revelar as características contraditórias do liberalismo, na esperança de superá-las – uma preocupação marxista tradicional; no segundo, a revelação das contradições precisa ser complementada por tentativas de chegar a um meio-termo (ou justiça social) aceitável, ao mesmo tempo que nos damos conta de que é impossível superar a contradição. Sem dúvida, o tema de Kennedy é o de que precisamos reenfatizar a base comunitária da liberdade – que é uma questão social, e não individual. O discurso sobre os direitos disfarça as condições sociais que precisam ser consideradas ao se definirem as áreas de liberdade e restrições nas relações entre as pessoas. Para os CLS, os direitos dividem as pessoas em indivíduos – os direitos minimizam as aspirações comunitárias. São os instrumentos da mistificação do liberalismo jurídico.

COMPARAÇÃO COM O DISCURSO DE PATRICIA WILLIAMS SOBRE OS DIREITOS

Outra maneira de descrever a dissonância entre os negros e os CLS dá-se em termos do grau de utopismo moral com que os negros vêem os direitos. Para eles, a perspectiva de obter direitos plenos tem sido uma fonte de esperanças intensamente motivadora, quase religiosa, desde que chegaram a este país (...); nos casos em que a experiência pessoal tem raízes não apenas num sentimento de ilegitimidade, mas no de ser ilegítimo, no de ser vítima de estupro e no medo de ser assassinado, a adesão dos negros a um esquema de direitos tanto positivos quanto negativos – ao eu, à santidade dos próprios limites pessoais – faz sentido (1991: 154).

14. Em geral, os autores CLS parecem céticos acerca dos direitos (por exemplo, Gordon, 1984), vendo-os como instâncias que nos limitam em vez de nos humanizar, constituindo-nos em indivíduos separados, não como seres sociais.

Embora os direitos possam dividir as pessoas e criar uma distância social, para muitos essa distância é bem-vinda. Williams narra como a experiência dos negros é a de um ser demasiado conhecido, de um indivíduo já muito conhecido pelo imaginário dos estereótipos, enquanto os direitos podem criar os limites de uma personalidade abstrata, porém jurídica. Os direitos criam uma pessoa que pode se ajustar às estruturas institucionais que tradicionalmente têm excluído a personalidade humana, real, da "minoria negra":

> Educaram-me para que eu estivesse sempre consciente da probabilidade de que, a despeito de minha habilitação profissional, as pessoas iriam perceber e repudiar o fato de eu ser mulher e negra, considerando-me inconfiável, sem valor, hostil, raivosa, impotente, irracional e provavelmente indigente. A futilidade e o desespero são aspectos muito reais de minha resposta. Desse modo, ajudam-me a demarcar limites; mostrar que posso falar a linguagem [dos direitos legais] é meu modo de aumentar a confiança que se deposita em mim nas minhas atividades profissionais. Como negra, recebi desta sociedade uma forte consciência de mim mesma como alguém que já é por demais conhecido, pessoal e subordinado aos brancos. Ainda estou me recuperando do fato de ter sido tratada como três quintos de um ser humano, como parte descartável do universo branco (*ibid.*: 147).

A partir dessa experiência, a perspectiva de Williams sobre a utilidade e a expressividade dos direitos é diferente daquela da posição dominante nos CLS. Os direitos não devem ser minimizados, mas sim transformados num carnaval de vida, numa estética do legalismo.

Se os CLS podem afirmar que os direitos nos apartam da comunidade, então, para aqueles que não aproveitaram os frutos da modernidade, para os excluídos e oprimidos, o fato de ter direitos é uma maneira de ser modernos. Os direitos são ao mesmo tempo instrumentais – são os instrumentos que nos permitem adquirir poder social e concretizar nossos projetos de vida enquanto indivíduos ou grupos, e expressivos – ao permitirem a escolha e criarem um espaço social, expressam um bem social, isto é, o tipo de vida social que dá aos indivíduos a possibilidade de fazer projetos de vida e escolhas constantes. Trata-se de uma concepção institucional que incorpora uma noção do ser humano mais rica do que aquela que carece da idéia de direitos e das conseqüências existenciais.

REVENDO A CONTRADIÇÃO FUNDAMENTAL, OU: O MOVIMENTO CLS PODE FUGIR À NECESSIDADE DE SER RACIONAL?

Num famoso diálogo com Peter Gabel (*Roll Over Beethoven*), Duncan Kennedy declarou ter renunciado à idéia da contradição fundamental. A renúncia não pretendia afetar a substância da acusação – o fato de certas contradições fundamentais da vida social –, mas equivalia a um reconhecimento de que elas estavam, em certo sentido, além da possibilidade de apreensão por uma teoria racional e lógica. Os problemas existenciais do mundo não podiam ser refletidos por teorias. Kennedy estava anunciando o paradoxo com o qual os CLS se depararam, no sentido de que acusavam o projeto do liberalismo jurídico de pretender apreender as verdades da condição humana através de certos axiomas lógicos e formais; os CLS, por sua vez, faziam isso por meio da escrita de artigos concisos e formais, razão pela qual devem apontar as verdades sem a pretensão de criar teorias verdadeiras. Para os críticos dos CLS, isso equivale a um recolhimento ao silêncio, a uma renúncia da tradição de engajamento crítico – mas o partidário dos CLS perguntaria: com que linguagem devo falar? A partir de Hobbes, o controle do jogo de linguagem dominante tem sido uma parte crucial da manutenção da ordem social e, conseqüentemente, da dominação política. Os CLS desejam acabar com o predomínio da linguagem jurídica, mas devem escrever judiciosamente para serem ouvidos – não há muito como fugir a esse critério!

Mas há um sentido mais amplo na indicação dos limites do sentido – sem dúvida, as limitações do formalismo demonstram que o todo não pode ser apreendido de forma axiomática. A mensagem é, de novo, que a análise e a síntese estão interligadas: não se pode fugir às metanarrativas. É preciso ter uma imagem do todo a fim de apreender a diferença entre verdade e construção teoremática. Talvez isso fique mais evidente na obra de Roberto Unger, como pretende mostrar a discussão seguinte.

MANTER A CRENÇA NAS METANARRATIVAS, OU: O QUE A POLÍTICA DE TRANSFORMAÇÃO SIGNIFICA NA OBRA DE ROBERTO UNGER?

Roberto Unger é extremamente prolífico. Sua obra vai de uma primeira aplicação da epistemologia e da teoria social ao direito, em meados da década de 1970 (*Knowledge and Politics*, 1975), a um manifesto do movimento CLS (*The Critical Legal Studies Movement*, 1986) e uma gigantesca obra sobre a teoria social em fins da década de 1980 (*Politics, a Work in Constructive Social Theory*), passando por uma profunda análise do desenvolvimento do direito ocidental, no estilo de Weber (*Law in Modern Society*, 1976).

A primeira influência sobre Unger é a teoria social de Max Weber, em particular a ideologia dos tipos ideais e a necessidade de lidar com a natureza complexa da administração moderna. Unger inicia sua primeira obra jurisprudencial, *Law in Modern Society*, com uma retomada explícita da narrativa de emancipação; por trás do desenvolvimento do moderno Estado administrativo encontram-se as preocupações com a liberdade e o estado de direito politicamente fortalecidas pela experiência da desigualdade:

> As questões fundamentais de especulação jurídica e política decorrem da dupla experiência da injustificabilidade da ordenação social existente e da corrupção dos acordos e tradições morais pela injustiça de suas origens. Na medida em que as pessoas têm essa experiência, elas lutam por evitar ou diminuir a escravização mútua dentro daquela ordenação e por estabelecer o poder mais abrangente, o poder de governo, numa base que supere a arbitrariedade das hierarquias sociais ordinárias. Uma das formas principais dessa luta é o anseio pelo estado de direito (1976: 176).

A percepção existencial da injustiça social que o indivíduo moderno experimenta ao recusar-se a aceitar como natural uma ordem social com hierarquias incorporadas não desaparece com o estabelecimento de direitos legais e do estado de direito. A desigualdade persiste; na verdade, a existência da desigualdade social propicia o contexto para a ordem jurídica e estimula a exigência contínua de transformação da sociedade. Unger parece indicar que estamos condenados a experimentar um sentimento contínuo de injustiça social, uma vez que não podemos investir a ordem jurídica (e a sociedade por ela constituída) do *status* de algum tipo de ordem natural.

> A menos que as pessoas recuperem a percepção de que as práticas da sociedade representam algum tipo de ordem natural, e não um conjunto de escolhas arbitrárias, elas não poderão fugir ao dilema do poder não justificado. Contudo, como se pode chegar a essa percepção de uma ordem imanente nas circunstâncias da sociedade moderna? (1976: 240).

Unger sugere que um acordo moral comum teria, primeiro, de presumir algum conceito estável de "uma natureza humana comum, ou das exigências intrínsecas da ordem social, em vez de ser produto dos interesses dos grupos dominantes", bem como um "consenso universal sobre a ordem imanente da vida social".

Só então seríamos capazes de acreditar no padrão de distribuição como forma de (des)igualdade natural. Isso equivaleria a uma volta a alguma forma de direito costumeiro, e não ao estado de direito. Mas também teria de ser um direito costumeiro especificamente moderno: "Seria menos a ordem normativa estável de um grupo específico do que o desenvolvimento da linguagem moral da humanidade" (1976: 241).

Devemos habitar uma ordem imanente enquanto precisamos de transcendência. A idéia de Unger não é o movimento para alguma esfera platônica, mas sim o "ideal de uma comunidade universal" em que "a consciência de uma ordem latente ou natural na vida social deve estar em harmonia com a capacidade de permitir que a vontade reformule os ordenamentos sociais" (1976: 266). O que servirá de guia a essa vontade?

Unger recusa-se a adotar a fria racionalidade da concepção weberiana de que a desigualdade social era a força motriz por trás do trabalho individual e, desse modo, desenvolvimento econômico. Para Weber, estamos condenados à jaula de ferro do Estado jurídico-racional e sua administração burocrática, uma vez que não podemos superar a desigualdade. Unger procura fazer o pensamento humano reconciliar-se com a metafísica.

> Boa parte da ciência social foi criada como um baluarte contra a metafísica e a política. Fiéis à perspectiva produzida pela revolta moderna contra a filosofia antiga, os teóricos sociais clássicos estavam ansiosos por libertar-se, primeiro, das ilusões da metafísica, depois, da aparente arbitrariedade dos juízos políticos. Eles queriam criar um corpo de conhecimentos da sociedade que não vivesse à mercê da especulação metafísica ou da controvérsia política, e até certo ponto foram bem-sucedidos.
>
> Hoje, porém, vemos que para evitar seus próprios dilemas, a teoria social deve, em certo sentido, tornar-se novamente metafísica e política. Deve posicionar-se sobre questões da natureza humana e do conhecimento humano para os quais nenhuma elucidação "científica" é, ou poderá vir a tornar-se, possível. E deve reconhecer que seu próprio futuro é inseparável do destino da sociedade. O progresso da teoria depende de eventos políticos. As doutrinas adotadas pela teoria são ao mesmo tempo ideais e descrições: as escolhas que a teoria faz são ao mesmo tempo ideais e descrições. Essas escolhas não são nem arbitrárias nem susceptíveis de comprovação lógica ou empírica. Elas se erguem sobre concepções especulativas dos requisitos da ordem social e das exigências da natureza humana, concepções que são informadas pelo conhecimento histórico, mas não podem ter a pretensão de decorrer necessariamente deste.

Unger depara com a mesma problemática de Kelsen, mas a metodologia e a abordagem da teoria social é o extremo oposto. Como não podemos criar, com êxito, uma teoria pura, devemos ser claros quanto à política de nossas posições teóricas; é necessário combinar os diferentes aspectos de nossos anseios humanos em nome de uma preocupação intelectual progressiva e edificante.

> A riqueza das preocupações imediatas associa-se ao anseio pela universalidade do pensamento para oferecer à mente um entusiasmo que a estimule à ousadia, que a torne receptiva ao incomum e ao lugar-comum, que a desperte para a unidade das coisas.
>
> Os grandes teóricos sociais tiveram essa experiência quando passaram das generalidades especulativas de seus antecessores para as conjeturas mais precisas de uma ciência social. Agora, cabe a nós imitar nossos mestres através de uma viagem na direção oposta, de volta ao caminho por eles trilhado (1976: 268).

Ao buscar o rigor intelectual de "conjeturas mais precisas" em detrimento de "generalidades especulativas", obedecemos ao critério popperiano da prática de uma ciência apropriada (abrindo nossas teorias e conjeturas à verificação e refutação), mas nos limitamos a uma engenharia social gradativa, sempre superadas nossas esperanças e energias. Em vez disso, devemos nos engajar na "crítica total", cujo primeiro passo é uma crítica fundamental do liberalismo[15] e da oposição binária que é intrínseca à sociedade liberal (por exemplo, público/privado, fato/valor, razão/desejo), na tarefa de transcender o liberalismo que caracterizou a modernidade avançada. Contudo, embora tenhamos uma vocação – a vocação da transformação –, não temos direito natural nem podemos estar convencidos da graça divina[16].

Na década de 80, Unger aparentemente passou do desejo de ir além da modernidade para a adoção de uma teoria jurídica política radical do modernismo. O que se deve confrontar agora é o legado de Nietzsche, em particular o niilismo. Devemos enfrentar e superar o niilismo[17], com que Nietzsche quer dizer que devemos destruir os valores tradicionais juntamente com um Deus que funcione como centro da autoridade; precisamos compreender nossa verdadeira posição: *em última instância, o destino da sociedade encontra-se na vontade humana, uma vez que o fundamento da sociedade é a vontade humana*. Portanto, o direito como mecanismo para a criação da organização social e da teoria jurídica – como o pensamento institucional dessa ordem – deve criar uma ordem social e dotá-la de uma autoconsciência institucional quando todas as justificações naturais ou transcendentais (e as sanções aos atos humanos) tiverem sido abandonadas. Como podemos firmar nossa posição? Como contestar o desafio pós-moderno? Unger volta deliberadamente à metanarrativa como forma de escrita. Em sua obra introdutória ao projeto fundamental dos anos 80 (*Social Theory: Its Situation and Its Task*), ele começa por definir o projeto social da modernidade:

> O pensamento social moderno nasceu proclamando que a sociedade é criada e imaginada, que é uma criação humana e não a expressão de uma ordem natural subjacente. Esse *insight* inspirou as grandes doutrinas seculares de emancipação: liberalismo, socialismo e comunismo. De um jeito ou de outro, todas essas doutrinas sustentavam a promessa de criar uma sociedade na qual podemos estar, tanto individual quanto coletivamente, habilitados a libertar nossas relações práticas e passionais de papéis e hie-

---

15. Unger emprega o termo "liberalismo" para designar os países desenvolvidos do Ocidente; portanto, sua crítica do liberalismo é na verdade uma crítica da modernidade. Ele não é marxista.

16. Ao expormos as "antinomias" do pensamento moderno, isto é, liberal, procuramos ir além delas. Somente o ideal regulador de uma comunidade universal pode consegui-lo, permitindo-nos a experiência do "sentido de ordem imanente (...) em harmonia com a capacidade de crítica ou de transcendência", com o que "o antagonismo entre os aspectos individual e social da personalidade" se dissolve por meio do "reconhecimento, por parte de todas as pessoas, da individualidade concreta de seus semelhantes". Haverá, porém, um modo de assegurar tal coisa? Unger só nos oferece uma prece enigmática:

> Quando a filosofia alcança a verdade de que é capaz, transforma-se em política e prece; política por meio da qual o mundo é transformado, prece por meio da qual os homens pedem a Deus que complete a transformação do mundo ao conduzi-los à Sua presença e conceder-lhes aquilo que, por si sós, seriam incapazes de obter.
>
> Mas nossos dias passam, e ainda não o conhecemos plenamente. Por que continuas em silêncio? Fala, Deus (Unger, 1975: 294-5).

17. Unger apresenta um princípio-guia em *Passion: An Essay on Personality* (1984: viii-ix): "O pensamento só fala com autoridade sobre quem somos e como devemos viver quando submete nossos ideais e nosso auto-entendimento à chama do cético, arriscando-se ao niilismo em nome do *insight*."

> rarquias rígidos. Se cabe a nós, de fato, reinventar a sociedade, podemos levar adiante o objetivo liberal e esquerdista de extirpar, de nossas formas de colaboração prática ou de ligação passional, a mácula da dependência e da dominação. Podemos favorecer o ideal modernista de nos libertar, mais plenamente, da experiência subjetiva de um roteiro pré-escrito e imposto. Podemos, inclusive, unir os objetivos da esquerda liberal aos modernistas, com a ambição mais vasta de criar universos sociais cuja estabilidade não dependa da capitulação de nossa capacidade de criar uma sociedade, nem de seu confisco pelas elites privilegiadas. A questão prática da concepção da sociedade como algo criado e imaginado consiste em descobrir o que é realista e o que é ilusório nesses objetivos, e em encontrar o caminho que leve a sua concretização (1987: 1).

Assim, embora a modernidade se tenha iniciado com o distanciamento e o costume, e as concepções religiosa e cosmológica entre nossas identidades sociais e individuais, *não levamos suficientemente longe a imaginação transformadora*. Permitimos que *um imaginário social debilitado e institucionalmente conservador controlasse nossas vidas*. Não "adotamos integralmente a idéia da sociedade como criação humana".

Unger vê como um objetivo importante o nosso entendimento do contexto: de nossa existência cotidiana, não podemos aspirar a mais do que ser "criaturas de rotina". Aqui, Unger leva em conta a tradição pessimista de Weber no sentido de nos ver como se considerássemos nossas rotinas e estruturas como algo dado, mais estáveis do que na verdade são. Nossas rotinas existem no interior de estruturas. Contudo, não devemos considerar essa estrutura de rotina como algo fixo, como se nos fosse naturalmente dado. Temos de pôr fim ao domínio dos papéis e hierarquias rígidos em nossas relações com as outras pessoas. O objetivo

> (...) consiste em libertar-se de um estilo de compreensão social que só nos permita explicar a nós mesmos e a nossas sociedades na medida em que nos vemos como marionetes indefesas das realidades sociais que criamos e habitamos, ou das forças do direito que supostamente deram origem a essas sociedades.

Compare-se isso à convicção de John Austin de que havia certas leis fundamentais de economia política às quais nós, em sociedade, simplesmente tínhamos de alinhar nossas instituições sociais. Ainda que, para Austin, tenhamos de encontrar o verdadeiro conhecimento do mundo natural e social, e fazer com que nossas instituições jurídicas se ajustem a tal conhecimento, para Unger

> A história é, de fato, surpreendente; as coisas simplesmente não parecem ser assim. E a invenção social, deliberada ou involuntária, não é apenas uma representação de possibilidades preestabelecidas e estritamente definidas.

Em nossa vida cotidiana, iludimo-nos ao acreditar que alguma coisa nos forma e que a sociedade é estruturada por forças que não podem ser controladas; que os contextos da vida fornecem as conexões naturais determinantes. Mas por que continuamos a ter essas convicções? Porque estamos nas garras de um imaginário institucional que investe nosso contexto da ilusão de solidez e inevitabilidade estrutural. As estruturas institucionais atuais traíram as esperanças de modernidade. O projeto transformou-se num privilégio conservador para as elites. Para as massas, a realidade é a alienação, o ressentimento e o anseio. O desencanto opera em proveito das elites, uma vez que gera apatia e respostas não positivas, como o crime, que só servem para fortalecer ainda mais o domínio das poderosas forças imaginadas.

Unger não se afasta da linguagem que esteve na base da modernidade. Ele pergunta constantemente por que certos conceitos devem ser estruturados do modo como viemos a empregá-los. Por exemplo, os direitos. Por que motivo os direitos devem ser vistos como coisas individuais? Por que não "direitos de solidariedade"? Direitos de mercado? Direitos da desestabilização?

Somente um superliberalismo pode conduzir a promessa transformadora do liberalismo por direções radicais. Democracia com uma descentralização de poderosas estruturas institucionais, uma desestabilização das formas institucionais de modo que o poder possa vir de baixo, não de cima. Ansiamos por novas estratégias de confiança e dependência – por criar uma versão do ideal comunitário que seja mais defensável do que aquilo que hoje temos[18].

Qual é a mensagem específica da teoria jurídica? Unger parece sugerir duas problemáticas fundamentais: a questão da *contextualidade* e a da *solidariedade social*. A teoria jurídica deve libertar-se do domínio das imagens contextuais restritivas e lutar por uma forma mais justa de solidariedade social. De que modo isso pode ser alcançado?

Em primeiro lugar, a transformação do elo entre teoria jurídica e a idéia de um contexto de restrição; em segundo, a busca constante de uma maior flexibilidade social e de uma experimentação constante, visando à criação de formas mais comunitárias de sociedade, que não se fechem à alteridade de cada ser humano. Contudo, como se tornará possível essa reconciliação entre comunidade e liberalidade? Talvez apenas por meio de um ideal regulador; Unger certamente se recusa a afirmar a possibilidade de uma sociedade utópica. Em vez disso, devemos transformar nossa teoria jurídica num instrumento flexível. Em *Law and Modern Society* (1976), Unger associou o pensamento jurídico à criação de uma imagem de necessidade social, e o fez em forma de quatro itens que devem ser discutidos:

(i) O direito é um sistema. Esta é a idéia que Weber considerava fundamental para o processo de racionalização ocidental. Portanto, a legalidade pode ser uma estrutura fechada na qual se encontram as respostas a qualquer problema jurídico. Em vez de um sistema determinante, por que não aceitar um *princípio da indeterminação*?

---

18. *Obs.*: Unger afirma que o radical deve evitar o tom utópico. Se o radical for visto como utópico, será facílimo para o conservador dizer: "Tudo muito bem com a esperança e a teoria, mas minha luta é com o realista e o possível!" Temos de imaginar o não-ainda-possível, mas [também] aquilo que é possível quando o concebemos.

(ii) Os profissionais do direito entendem as formas específicas de racionalidade jurídica que lhes permitem encontrar as respostas aos problemas jurídicos a partir dos recursos desse sistema (portanto, eles compreendem as técnicas de precedente, interpretação das leis e argumentação legal)[19]. Em geral, os autores CLS negam a existência dessa modalidade autônoma e neutra de raciocínio jurídico substituindo-o por um *princípio do antiformalismo.*

(iii) As doutrinas da estrutura jurídica refletem uma visão coerente das relações entre as pessoas, as condições fundamentais e a natureza basilar da sociedade. Os partidários dos CS negam isso, argumentando que na verdade as doutrinas consistem em pontos de vista antagônicos, conflitantes e contraditórios, nenhum dos quais é conseqüência natural da condição essencial da humanidade: este é o *princípio da contradição.*

(iv) A legalidade dá forma à sociedade e ao desenvolvimento social, uma vez que a ação social reflete as normas geradas pelo sistema jurídico. Quer por coerção quer por interiorização, os indivíduos seguem as prescrições legais, o que nos permite afirmar que a sociedade é regida pelo direito. Os CLS atribuem à estrutura formal do direito um papel menos importante na condução da sociedade: este é o *princípio da marginalidade.* Ao contrário, o que é importante é a consciência social que envolve e provê o campo do direito; talvez a confiança de Unger em Weber seja instrutiva – uma questão de legitimidade.

De que modo o sistema alcança e preserva sua legitimidade? A ligação entre a rigidez do sistema social e o papel do sistema jurídico é clara, no sentido de que certas idéias fundamentais impedem o funcionamento do pensamento transformador:

1. A idéia de que a ordem social é mantida por um sistema de convicções que convencem os que pertencem ao sistema de que é aquela a ordem natural das coisas.
2. A idéia de que o sistema é estável e necessário, conquanto seja transitório e arbitrário, e reflita os interesses dos grupos e classes dominantes. As doutrinas jurídicas são apresentadas como essenciais e racionais, embora sejam contingentes, subjetivas e arbitrárias.
3. O pensamento jurídico corrente oculta a contradição entre a promessa de igualdade e liberdade e a realidade de opressão e hierarquia.

19. Veja-se o argumento de Cotterrell (1989) em *The Politics of Jurisprudence*, de que a maior parte da teoria jurídica reforça esse entendimento profissional e o ensino jurídico oferece ao indivíduo uma imagem de si próprio e as aptidões que permitem que tal tarefa seja aceita como o papel do jurista.

O QUE COLOCAR NO LUGAR DESSAS IDÉIAS REJEITADAS?

Para Unger, a tese da autorização (*empowerment*), as idéias de fluidez e flexibilidade do direito, a política de transformação têm por objetivo criar um novo imaginário institucional no qual se possa desenvolver uma política de solidariedade social. Na verdade, nesse projeto ele não se distancia muito dos valores ocultos do projeto jurídico desde Hobbes; a exceção é que Deus (assim como seu substituto moderno, a funcionalidade) foi finalmente morto. Em primeiro lugar, qual é o programa de transformação social?

> O programa não é uma mera variação da república mítica, antiliberal, e muito menos alguma síntese absurda das democracias estabelecidas, com seus imaginários opostos. Em vez disso, representa um superliberalismo. Leva adiante as premissas liberais sobre o Estado e a sociedade, sobre o estar livre da dependência e do domínio das relações sociais pela vontade, ao ponto em que estas se fundem numa ambição maior: a construção de um mundo social menos alheio a um eu que sempre pode violar as regras geradoras de seus próprios construtos mentais ou sociais e substituí-las por outras regras e outros construtos (*The Critical Legal Studies Movement*, 1986: 41).

Essa posição recorre a temas que já conhecemos desde Hobbes, e a afirmação de que o ponto central da ordem social é o fato de se poder substituí-la é idêntica ao procedimento de revogação, à idéia de que submetemos o direito a experiências, de que o que é legal hoje pode deixar de sê-lo amanhã – idéias tão cruciais ao positivismo jurídico. Temos o processualismo sem nenhuma orientação que nos venha da idéia de natureza humana ou de destino humano. Por termos tido a coragem de "correr o risco do niilismo" ao "passar nossas idéias e nosso auto-entendimento pela chama do cético" (1984: ix), criamos as condições para um mundo social que "torna disponíveis os instrumentos de sua própria revisão" (1986: 105).

De que bases partimos? Rejeitamos qualquer idéia de uma sólida base ontológica – nossas bases são o reconhecimento da contingência e nossa autoconsciência de sua possibilidade de revisão. Recusamo-nos tanto a "exaltar um valor específico à custa de outros" (1987b: 354) quanto a escolher "uma dentre várias idéias da mesma espécie".

Em vez disso, as disposições exprimem nossa dialética fundamental: a de habitar um contexto e transcendê-lo. Queremos transformar a transcendência do contexto numa grande virtude política. Unger fala sobre os problemas da condição pós-moderna – sua idéia de plasticidade se assemelha a uma versão radical da sociedade aberta que Popper e Kelsen defendem como sua concepção da sociedade justa –, mas não se pode atribuir substância real à idéia de superliberalismo. A muitos, tal idéia parece correr o risco de tornar-se o melhor do liberalismo com matizes de Rousseau e Hegel, acrescido da máxima nietzschiana sobre o confronto com o ceticismo.

CONCLUSÃO

Para quem examina a questão do modo como ela se apresenta em fins da década de 1990, percebe-se que já se exauriu boa parte do calor dos debates provocados pelo advento dos CLS. Também já se foram os temores do meio acadêmico dominante, para cujos membros os CLS significavam uma explosão de niilismo no interior de suas fortalezas. Muitos dos *insights* do movimento simplesmente adotaram uma postura mais conciliadora. À medida que a situação política norte-americana se tornou mais conservadora e muitos setores da população se desiludiram com as estruturas políticas, o direito passou a ser visto como política, ao menos em sua "concepção mais ampla"[20]. Terão os CLS dado uma contribuição significativa ao padrão de reflexão teórica ou à questão da sensibilidade moral do direito? É impossível dar uma resposta concisa ou oferecer um inventário satisfatório. Ainda assim:

(i) Os CLS parecem ter demonstrado com êxito a insuficiência de uma posição grosseiramente positivista. Todavia, será que a posição positivista crua, isto é, aquela que vê o direito como uma questão de certas regras que ou obrigam ou são inválidas, deixando lacunas a ser preenchidas pela discricionariedade, ainda terá, em nossos dias, quem a defenda? Sem dúvida, os CLS vão mais longe. Esse movimento nos pede para considerar o direito não em termos do modelo liberal de um sistema de leis positivas enquanto regras definidas ou um corpo coerente de regras e princípios, mas sim como um processo político no qual as relações sociais são continuamente negociadas, e as idéias e esperanças humanas desfiguradas e truncadas. O movimento CLS norte-americano enfatiza que os indivíduos devem aproveitar as oportunidades de contestar as idéias estabelecidas e, sobretudo, de contestar os pressupostos de sua inevitabilidade. Tais idéias devem ser bem-vindas, mas será que a crítica CLS da ideologia do liberalismo jurídico é apropriada? Porque:

(ii) O liberalismo jurídico é representado não em termos de uma posição moral, quer em sentido hartiano quer dworkiniano, mas como mistificação. Em vez de "integridade", o que se observa é o cinismo, a falsa consciência, a inautenticidade, a superficialidade e o convencionalismo. Mas isso não equivale a jogar fora o bem com mistificação? A legalidade tem uma moral intrínseca; o liberalismo precisa ser continuamente afirmado e reafirmado em termos positivos, e não apenas em seus termos negativos. Não deveriam formar-se algumas conexões?

(iii) Embora enfatize corretamente a complexidade da vida e as situações sociais em que o direito deve intervir, e que deve em parte constituir, os CLS exageram a

20. Peller (1985: 1151) argumenta que "a afirmação de que 'direito é política' deixou de ameaçar o universo jurídico. Isso aconteceu não porque o lado jurídico da equação foi definitivamente reconstruído, mas porque o lado político sofreu um processo de empobrecimento.

indeterminação do direito e não compreendem que o fechamento deste pode constituir uma postura pragmática diante da complexidade da vida.

(iv) CLS é um rótulo vago. Existem tantos projetos em andamento que é difícil apontar posições nucleares[21].

(v) Os CLS chamam nossa atenção para o lado difícil da modernidade tardia. Se o liberalismo vê o direito como uma estrutura de regulamentações e regras que abarcam todos os cidadãos, os CLS se preocupam com o modo como as leis parciais ou imparciais afetam diferentes segmentos da sociedade. Contudo, sua preocupação básica diz respeito ao modo como, em si mesmos, os conceitos e princípios de direito incorporam desigualdades – por exemplo, quando as empresas são tratadas como seres humanos individuais para fins de contrato, mas não para todos os fins de responsabilidade criminal.

Para concluir, algumas palavras sobre atitude e esperança. Uma maneira de classificar os temas apresentados neste capítulo é dizer que os CLS tratam do fechamento e da abertura. O movimento contesta todas as formas de fechamento dos universos jurídico, político e social – e defende uma abertura radical do direito, da política e das formações sociais. Nesse sentido, reflete a posição social cambiável da modernidade tardia (o começo do pós-modernismo). É possível traçar um contraste com Weber. Enquanto este descrevia o crescente desenvolvimento do modo de vida burocrático em termos de uma conexão entre governo e uma moderna "lógica" de governo com um vínculo especial com a "racionalidade", levando à dominação da racionalidade formal à custa da humanidade, os CLS tentam pôr fim ao domínio dessa jaula de ferro de racionalidade em nome de uma reenergização das formas de entendimento humanas. Os CLS defendem as tentativas de reintroduzir formas de pensamento que não são facilmente apreendidas pela racionalidade abstrata do discurso jurídico moderno – em outras palavras, necessidades humanas, desejos, paixões, medos...

Também podemos interpretar os CLS como um comentário sobre o destino da "razão", do próprio pensamento, na sociedade moderna. Que significa isso? Tomemos, de novo, a análise de Weber: nos primórdios da modernidade, a "razão", isto

21. Isso repete uma questão freqüentemente levantada. Em "The Critique of Law: What is 'Critical' about Critical Legal Theory?" (*Journal of Law and Society*, 14: 1987), o escritor inglês Alan Hunt argumenta que precisamos de uma teoria bem mais explícita dos CLS. Hunt estabelece os tipos de táticas e objetivos de obras específicas desse movimento:

- Examinar a coerência interna da doutrina e da teoria jurídicas para mostrar suas contradições.
- Identificar os pressupostos políticos e sociais existentes nas doutrinas e idéias jurídicas.
- Buscar a origem social de idéias e doutrinas jurídicas específicas.
- Concentrar-se nas políticas, nos princípios e nas ordenações da vida social e das possibilidades políticas que são excluídas por determinadas teorias liberais ou banidas da doutrina jurídica.
- Concentrar-se na localização do poder nas práticas legais.

é, o raciocínio intelectual e a argumentação, eram um instrumento de liberdade, de iluminação, da crítica social sistemática às "irracionalidades" das falsas crenças. Contra as rígidas divisões e hierarquias sociais dos sistemas de castas, do feudalismo ou da submissão às crenças religiosas, a razão lutava pela inovação, pela emancipação. Como afirmava Kant, podemos perceber os fundamentos da sociedade moderna na máxima de que, na modernidade, todas as coisas precisam submeter-se ao tribunal da razão. Portanto, antes de admitir qualquer sistema de crenças, devemos submetê-lo a uma rigorosa investigação; é preciso rejeitar o que não tem permanência e manter o que a razão aceita. Nós, isto é, os seres humanos individuais, somos os controladores desse processo. Weber, contudo, chama a nossa atenção para a armadilha que devemos subseqüentemente aceitar – isto é, o que parece racional é aceito simplesmente porque é racional, mas será humano? Em vez de termos por instrumento a razão, o racionalmente efetivo que seria a arma no combate pela liberdade humana, a razão passa a ser a nova prisão. Aliados às instituições da burocracia de Estado, nós – os sujeitos individuais da sociedade moderna – perdemos o controle sobre a razão e nos tornamos o objeto da razão, o joguete nas mãos da burocracia estatal. Em vez da razão conduzida pelo sujeito ou nele centrada (isto é, em vez de sermos senhores de nosso pensamento), os indivíduos não têm muito alcance ou muitos elementos que lhes permitam pensar por si próprios – ao contrário, eles são cercados por turbilhões de narrativas, de propagandas, de imagens do bem, do mal e do belo, às quais faz sentido ir juntar-se. E aquilo sobre o que não se pode falar em linguagem estritamente racional converte-se no rebotalho da modernidade – a zona desprotegida, o objeto de perseguição, da busca de estímulos, do amor e do acréscimo.

Para os CLS, assim como para Weber, o sistema jurídico é uma representação desse processo. Portanto, a destruição da imagem de racionalidade formalista da legalidade nos permite superar a jaula de ferro da racionalidade, ver os interesses humanos por trás da razão. Em nossa citação inicial, de Unger, percebemos a narrativa de uma autoconsciência plena que impregna a modernidade.

"Devolva-se a humanidade à razão!", eis o grito de guerra. O ceticismo dos CLS não é um projeto niilista, mas um anseio da mais profunda inquietação. Em seu nível mais profundo, os CLS estão cheios de raiva. E de esperança. Esperança de que a condição humana pode ser melhorada – desde que aprendamos a nos livrar da repressão dos processos mentais que nos aprisionam. Mas não existe utopia, assim como não existem certezas – existe apenas a luta e o mistério da condição humana. E, uma vez que estamos condenados a uma luta infinita entre nossos contextos, nossos poderes e nosso desejo de ser humanos, a filosofia do direito é chamada a oferecer a nosso "agonismo"* um espaço em que possamos nos questionar – algo como a concepção teórica de um campo institucional basilar em que possamos travar nossa luta pela construção da sociedade. Ironicamente, embora os autores CLS freqüentemente dêem a impressão de querer reduzir as pretensões dos juristas, eles fazem ao direito e à legalidade – sem esquecer a filosofia do direito – o elogio de situar, na legalidade, a arena crucial da luta social e política; pode-se questionar se o direito é esse campo, e se o sistema realmente precisa de mais legitimidade. Contudo, se podemos suspeitar que nossos tempos são hobbesianos, no sentido de que o bem-estar é sua própria legitimidade, o movimento CLS é contra-hobbesiano em suas tentativas de pôr fim à força dos jogos de linguagem dominantes. Mas fazemos bem em lembrar que Hobbes construiu à medida que desconstruiu, e que nos ofereceu uma crença. A política de desconstrução textual, e não de reconstrução racional, pode assemelhar-se a deixar o imperador nu em nome da liberdade para os comprometidos e os iniciados, mas para os outros ela estimula uma política neo-hobbesiana autoritária da lei e da ordem. Os ideais reguladores podem não ser suficientes para resistirmos, mas não parece haver mais nada que o indivíduo com plena consciência de si mesmo possa aceitar. Daí a raiva e a inocência perdida[22]. Talvez, também, a nostalgia[23]; porque, embora os CLS pareçam admitir que Deus está morto, o movimento ainda parece estar em busca da "vontade" de lutar[24].

* No original, "*agonism*", termo criado pelo autor a partir do adjetivo *agonistic* ("combativo"). (N. do T.)

22. Unger parece ter plena consciência da fragilidade da eficácia do movimento. Quase no fim de *The Critical Legal Studies Movement*, ele afirma:

> Por último, tem-se a disparidade entre nossas intenções e a forma social arcaica que elas assumem: uma iniciativa conjunta levada a cabo por intelectuais insatisfeitos e sediciosos no alto estilo do radicalismo burguês do século XIX. Para todos os que participam dessa iniciativa, a desarmonia entre intenção e presença deve ser motivo de ira (1986: 119).

23. Como Peter Gabel iniciou sua parte no diálogo com Duncan Kennedy em *Roll Over Beethoven*: "O projeto consiste em perceber a relação desconexa que é imanente a nossa situação alienada" (1984: 19).

24. Ainda que, à primeira vista, essa leitura dos CLS tenha enfatizado uma imagem do direito que se opõe diametralmente àquela de Kelsen, há entre ambas semelhanças, no sentido de exigirem que a filosofia jurídica crie uma metagramática para a instância política. Enquanto a metagramática de Kelsen é a da separação fundamental entre os jogos de linguagem e a criação de uma ciência formal do direito, os CLS criam uma gramática da hermenêutica política. Para Kelsen, fica aberta a possibilidade de acusar os CLS de ingenuidade e afirmar que o direito não pode ser o *locus* de uma política redentora.

Capítulo 17

Compreender a filosofia do direito feminista

(...) Deus criou a mulher. E então, de fato, se pôs fim ao tédio – mas também a algo mais! A mulher foi a segunda asneira de Deus – "em sua essência, a mulher é serpente, Eva" – todo sacerdote sabe disso: "todo mal vem ao mundo através da mulher" – todo sacerdote sabe disso também (Nietzsche, Parábola 48 de *O anticristo*, 1895, exprimindo o paradigma da misoginia).

A Rainha muito anseia por recrutar todos os que puderem falar ou escrever para ajudar a pôr fim a essa loucura desenfreada e iníqua de "direitos das mulheres"... É assunto que deixa a Rainha tão furiosa que ela não consegue se conter. Deus criou os homens e as mulheres diferentes – pois que cada um ocupe a posição que lhe cabe! (Rainha Vitória, 1872, citada em Kamm, 1977: 179).

Eu mesma nunca consegui descobrir o que é feminismo: sei apenas que as pessoas me chamam de feminista sempre que exprimo sentimentos que me diferenciam de um capacho (Rebecca West, 1988).

[Por favor], apresentem-me a um mundo onde eu não tenha de sentir falta de mim (Leslie Reese, feminista negra).

INTRODUÇÃO

De todas as revoluções culturais do século XX, o feminismo parece destinado a ser aquela de maior impacto[1]. O que é feminismo? Trata-se de uma categoria imprecisa e, embora movimentos anteriores que poderíamos chamar de feministas possam ser vistos como exigências de emancipação, igualdade e libertação das mulheres, as idéias posteriores enfatizam a necessidade de uma transformação social do direito, da cultura e dos padrões sociais que libere o potencial das mulheres. Cada escrito-

1. "(...) O feminismo foi, e continua sendo, a maior e mais decisiva revolução *social* da modernidade. Ao contrário de uma revolução política, uma revolução social não irrompe; ela acontece. Uma revolução social sempre é também uma revolução cultural (...). A cultura feminina, até então marginalizada e ignorada, começa agora a articular (...) enunciações em seu próprio nome, a reivindicar a metade que lhe pertence na cultura tradicional da humanidade. A revolução feminista não é apenas um novo fenômeno da cultura ocidental, mas sim um divisor de águas em todas as culturas até o momento existentes" (Heller e Feher, 1988: 144-5).

ra feminista tem sua abordagem pessoal, influenciada por seu histórico de vida, sua formação, sua ideologia e classe social[2].

Talvez *feminista* seja simplesmente uma pessoa que é reconhecida pelos "outros" e por si própria como feminista[3]. Como definição funcional, porém, o feminismo pode ser definido como a criação e a justificação conscientes (às vezes "inconsciente"), pelas próprias mulheres, de representações do feminino e da posição da mulher na realidade social – em contraste com as idéias aceitas de "senso comum" ou do "dia-a-dia", que são tidas como impregnadas de concepções masculinas –, e que têm por objetivo a emancipação das mulheres. A produção acadêmica feminista é um conjunto variado de práticas discursivas que operam no sentido de resistir aos pressupostos correntes da cultura masculina dominante e solapá-los. Além disso, o feminismo é uma forma de práxis. As escritoras feministas reconhecem que devem empenhar-se em viver e escrever como mulheres ao mesmo tempo que existem num universo social fortemente estruturado por homens e imbuído de práticas masculinas; elas reivindicam o direito de desenvolver perspectivas especificamente críticas para afirmar e mudar para melhor a posição das mulheres (e, por implicação, para chegar a uma apreciação mais plena e profunda da natureza da "humanidade").

AS QUESTÕES BÁSICAS INCLUEM A DOMINAÇÃO, O PATRIARCALISMO E O SENSO DE JUSTIÇA DA MULHER

Quais são os problemas que a filosofia do direito feminista deve abordar? Existem vários, mas três parecem evidentes por si sós. O primeiro é a realidade concreta da opressão reiteradamente legitimada pelas regulamentações legais. É inegável que a posição das mulheres ao longo da história tenha sido recorrentemente pouco melhor do que a dos escravos, isto é, a propriedade legal de seus senhores (pais ou maridos) que as protegem e controlam. O segundo é a questão do patriarcalismo, ou sistema de autoridade masculina que estrutura as instituições e a racionalidade organizacional que constituem as relações opressivas e exploradoras que afetam as mulheres. O terceiro é a questão do senso de justiça feminino, ou do tipo de "verdade" que está envolvido no argumento masculino tradicional de que as mulheres são diferentes dos homens e têm um senso rudimentar da objetividade abstrata e imparcial que a justiça requer.

2. Os textos feministas de extração marxista e socialista, por exemplo os de MacKinnon (1982, 1987, 1989), Mitchell e Oakley (1976), enfatizam a interação entre as posições econômicas e políticas das mulheres e de classe, e se concentram nas exigências feitas às mulheres pela estrutura social; as feministas negras, por exemplo B. Smith (1981) e Patrícia Williams (1991), reivindicam uma análise mais multiforme que procure revelar a diversidade dos sistemas que enquadram e oprimem as mulheres negras.

3. O gênero fica em aberto, uma vez que tem sido comum referir-se a certos homens, por exemplo a John Stuart Mill, como feministas (liberais). A análise de Engels (1978: 87-8, 96) em *The Origin of the Family*, escrita em meados do século XIX, era provocadora: "[A verdadeira liberdade só será possível] quando uma nova geração tiver surgido (...), uma geração de homens que nunca, em suas vidas, souberam o que é comprar a rendição de uma mulher com dinheiro ou qualquer outro instrumento social de poder (...), uma geração de mulheres que nunca souberam o que é entregar-se a um homem por qualquer outro motivo que não o verdadeiro amor, ou recusar-se a entregar-se a seus amantes por medo das conseqüências econômicas."

Em resumo, a reação feminista implica:

(i) analisar, enfatizar e combater politicamente as estruturas de opressão[4] e violência[5];

(ii) analisar a onipresença do patriarcalismo e engajar-se em estratégias para combatê-lo. Essas estratégias vão da ampliação da consciência à argumentação de que *o pessoal é político*, e que não há espaços para além do alcance da opressão patriarcal[6]. A família é às vezes severamente criticada como a "estrutura principal do patriarcalismo" (Millet, 1985), enquanto as lutas sobre os direitos de reprodução refletem os argumentos de que a reprodução não é um fato biológico imutável, mas um processo associado ao estado tecnológico e ideológico da sociedade (O'Brien, 1981). Para aumentar sua auto-estima, as mulheres devem explorar novas possibilidades de "prazer", contrapondo-se a uma história em que a sexualidade tem se organizado ao redor da centralidade das significações masculinas[7]; elas devem permitir-se a necessidade de experimentar, de sentir

4. A opressão e a exploração assumem várias formas, mas as estatísticas econômicas são estarrecedoras. Segundo um relatório da ONU de 1980 (citado em Bryson, 1992), "As mulheres constituem metade da população do mundo, perfazem quase dois terços de suas horas de trabalho, recebem um décimo da renda mundial e detêm menos de um centésimo da propriedade mundial".

5. As intelectuais feministas afirmam que a violência é ao mesmo tempo aberta e latente. Para Kate Millett (1970), a violência do patriarcalismo é institucionalizada e estruturalmente inerente à prática dos sistemas jurídicos, na realidade das leis e das estruturas sociais que resultam em abortos ilegais e na possibilidade constante de estupro. A possibilidade onipresente de violência é o principal mecanismo por meio do qual as relações desiguais de poder se mantêm. Outros autores (Jessica Benjamin, 1980; Williams, 1991) chamam a atenção para a violência oculta da racionalidade masculina, que define o "outro" a partir dos cálculos e, portanto, dos mecanismos de tomada de decisões das organizações mais influentes e importantes. Portanto, as instituições da sociedade moderna – imbuídas de uma crescente racionalidade formal – objetificam e controlam o "outro", ao mesmo tempo que negam existência real a esse "outro". As feministas que estudam o Terceiro Mundo (por exemplo, Brown *et al.*, 1981) descrevem como a violência é usada para se garantir que as mulheres não infrinjam as normas sociais. As mulheres devem restringir-se aos papéis e comportamentos que lhes são atribuídos, e a violência é usada para controlar a sexualidade feminina e as funções reprodutoras.

6. MacKinnon (1982) afirma que é somente ao observar a injunção de tratar o pessoal como político que as mulheres podem estabelecer a ligação entre sociabilidade e subjetividade, de modo que a política da posição estrutural das mulheres pode ser praticada através da política de suas vidas (não) "pessoais".

7. O discurso da sexualidade é o exemplo básico do logos falocêntrico. A sexualidade feminina é tradicionalmente caracterizada pela ausência, por uma lacuna, pelo vazio a ser preenchido pelo membro positivo do macho. Desse modo o falo, como significante original (o organizador dos símbolos do significado), ergue-se sobre as bases do nada do sexo das mulheres. Portanto, não existe nada que se possa chamar de "essência" feminina, uma vez que tudo que as mulheres fazem, no sexo, é absorver, mostrar o caminho do poder, excitar e estimular, aceitar e estimular o desejo e o desempenho; assim, as mulheres produzem a verdade, mas não podem ser a verdade (a menos que, como no caso de Nietzsche, sustentemos que a verdade é um

novas formas de subjetividade ao tomarem a decisão política de perseguir estilos de vida que lhes dêem a liberdade de experimentar e sentir[8];

(iii) analisar a questão da justiça. Tradicionalmente, as mulheres têm sido representadas como possuidoras de um senso rudimentar de justiça (ver Okin, 1980, 1989; Lloyd, 1984; Pateman, 1986, 1989; Coole, 1988; Nye, 1990). Mesmo antes da Grécia clássica, a mitologia apresentava relatos e imagens das mulheres como seres irracionais, imprevisíveis, emocionais e simples, em oposição às qualidades de equilíbrio, razão e distanciamento às quais os homens (aparentemente) recorriam quando de suas deliberações[9]. Ao longo da história da filosofia ocidental, os escritores do sexo masculino moveram-se em círculos de complexidade e ambigüidade em resultado de sua alegação de que as mulheres são mais próximas da natureza do que os homens, e que a esfera propriamente feminina era o espaço privado da família, ainda que também representassem as mulheres como guardiãs da moralidade e da ordem que os excessos masculinos podiam pôr em risco; através da permanência e da estabilidade, as mulheres dão força ao corpo social, atenuando os desejos exuberantes e a vontade de poder dos homens, que podem perturbar o equilíbrio do cosmo. Um tema dominante, porém, é o de que as mulheres carecem do senso de justiça e não têm a objetividade necessária para governar justamente; devem ser mantidas à distância do centro do poder político para que não subvertam a estrutura política. Em outras palavras, a questão é a seguinte: para criar e manter uma ordem social justa e estável, os indivíduos precisam ser educados e ter um senso avançado de justiça que lhes permita criar e deixar-se guiar por regras de sociedade civil respeitadas. Portanto, o senso de justiça é fundamental entre os cidadãos; contudo, se as mulheres – como sempre afirmaram os teóricos, de Rousseau (*O contrato social*, 1971) a Freud[10] – são diferentes em sua constituição psicológica e incapazes de alcançar o senso de justiça necessário, será um convite à desordem dar às mulheres participação e responsabilidade políticas plenas. A civilização é vista como obra dos homens, enquanto as mulheres são fundamentais para mantê-la através da reprodução, da criação dos filhos e da moderação dos excessos da criatividade masculina. Qual é a resposta ideal a essa imputação de diferença? Uma resposta consiste em dizer (a) que não há, em essência, nenhuma diferença, e que qualquer diferença aparente é apenas o resultado da falta de oportunidades que levou as mulheres a não passarem pelas experiências de vida nas quais se pode fundamentar um senso de justiça; o aumento dessas oportunidades irá mostrar, por certo, que o senso de justiça da mulher é igual ao dos homens[11]; outra abordagem, porém, consiste em afirmar que há uma vantagem

objetivo a ser alcançado, mas sempre, na verdade, uma profundidade, destinada a permanecer um mistério até a morte – então a verdade é uma mulher). Em contraste, feministas recentes que escrevem sobre a identidade empenham-se em reformular a genitália feminina não como ausência, mas como presença, e como guardiã do mistério do nascimento criador. Para a teórica e psicanalista francesa Luce Irigaray (1984: 24), o sexo feminino é uma aporia, um mistério, arauto do mistério do (futuro) nascimento: "Uma reformulação da imanência e da transcendência, especialmente através desse limiar que nunca é tido como tal: o sexo feminino. Limiar de acesso ao mucoso. Para além das clássicas oposições de amor e ódio, de fluido e gelo absolutos – um limiar sempre semi-aberto. Limiar de lábios, estranhos às oposições dicotômicas (...). Mistério da identidade feminina?"

8. A transformação das concepções da sexualidade feminina com a "descoberta" do clitóris (em obras como *The Myth of the Vaginal Orgasm* (1970), de Anna Koedt), longe de verem a "verdade" do prazer feminino como a experiência da penetração peniana e o reconhecimento de um "direito ao orgasmo", levaram a exigências de uma "igualdade do prazer". Isso é às vezes representado como parte de uma "luta pela dignidade e autodeterminação [que] tem raízes na luta pelo verdadeiro controle do próprio corpo" (A. Dworkin, 1981: 205). Livre das perspectivas e do desejo masculinos, o significado do prazer da mulher não é evidente por si mesmo. A força do patriarcado coloniza até mesmo as fantasias, portanto as mulheres devem tornar-se reflexivas a propósito de seu prazer. Historicamente, o prazer das mulheres estava estreitamente ligado ao perigo, à morte e à culpa. A relação sexual, por exemplo, implicava uma probabilidade de gravidez difícil de avaliar e, com os altos índices de mortalidade associados ao parto – à morte (Giddens, 1992). A excessiva demonstração de prazer durante o casamento, através do envolvimento em atividades que não girassem em torno do homem, levava ao risco de se extrapolar o papel esperado no casamento, com a possibilidade de divórcio ou violência doméstica. Para as mulheres norte-americanas negras, a situação era diferente: "Em face de uma cultura dominante que caracterizava todas as mulheres negras como seres sexualmente promíscuos, o reconhecimento público do eu como um ser sexual era visto como comprometedor da reputação de todas as mulheres negras e da raça em geral" (Hazel Carby, historiadora, citado em Jewell, 1993). Portanto, sentir prazer em sua sexualidade era um fenômeno perigoso e ambivalente. Encontrar espaço para uma discussão livre e sincera da necessidade e do prazer, uma liberação; como afirmou a ativista negra Sabrina Sojourner: "Cada um de nós tem o direito de definir quais são nossos limites e fazê-los respeitar. O sexo em si e por si não é condenável. O que se faz com o sexo pode ser muito condenável" (citado em Jewell, 1993). Em seus primórdios, o feminismo radical argumentava que as mulheres precisavam de afirmações positivas de suas possibilidades de prazer – em áreas do corpo, sensualidade, contato humano, o infantil e o não-racional. As teóricas do lesbianismo questionam se se pode criar um *corpus* de conhecimento das vidas das mulheres sem colocar como central a questão do prazer sexual. As feministas negras desejam que as narrativas do prazer nas vidas das mulheres negras sejam exploradas e celebradas; a aceitação de que as mulheres negras podem "sentir prazer em si próprias é subversiva" (Shange, 1987: 178).

9. Isso costuma ser apresentado (pelos homens) como a afirmação de que o *logos*, isto é, o discurso, a razão, é masculino. De fato, o logocentrismo, ou o primado da palavra, é associado a uma crença numa fonte de verdade definitiva – um Deus ou um significante transcendental (transferido para o falo no discurso falocêntrico) – que confere fundamento ao significado. A crítica feminista que trabalha com os mitos (Pagels, 1979) interpreta Cali e Hécate como criadoras das línguas e dos alfabetos, afirmando, portanto, que sempre existiu uma linguagem e uma teoria feministas (submersas).

10. Para Freud, a civilização é obra de homens, uma vez que requer as "sublimações dos instintos das quais as mulheres são pouco capazes" (*O mal-estar na civilização*, 1961: 95).

11. A maior parte das teorias do "desenvolvimento moral" implica que há estágios de raciocínio moral que os indivíduos alcançam em decorrência de sua experiência de vida. Rawls argumenta que "nosso entendimento moral aumenta conforme avançamos, em nossas vidas, ao longo de uma série de posições" (1971: 468, em seguida a uma discussão baseada nas seções 70-72). São três os estágios principais: (i) a criança aprende "a moralidade da ordem" com os pais; depois (ii), a "moralidade de associação", ou uma moralidade caracterizada pelas virtudes cooperativas da justiça e da imparcialidade se desenvolve quando o indivíduo desempenha uma série de papéis em várias instituições; finalmente, (iii) chega-se a uma "moralidade de princípios" na qual compreendemos o papel fundamental dos princípios abstratos e das exigências da justiça na ordem social, e desejamos preservá-lo. Esse é o senso de justiça em seu pleno desenvolvimento. A forma mais "aceitável" de feminismo, o "feminismo liberal", argumenta basicamente que a posição estrutural das mulheres – a negação onipresente, às mulheres, de seu direito progredir no espaço público do trabalho, na arena

na diferença. E se as mulheres tiverem, de fato, uma percepção ética e moral diferente? Seria essa percepção tão válida, ou mais válida, do que a suposta objetividade da justiça masculina?

COMO A FILOSOFIA DO DIREITO FEMINISTA PROCURA ABORDAR ESSAS QUESTÕES?

(i) As pensadoras feministas enfatizam áreas nas quais ou o direito legitima a opressão ou a operação do direito realmente trata homens e mulheres diferentemente, talvez ao impor uma separação em áreas de atividades vitais ou não levar a sério a violência praticada contra as mulheres;

(ii) um tema comum nas obras feministas é a crítica da epistemologia da teoria jurídica tradicional, e fazem-se tentativas de mudar o modo como certas áreas do direito são tradicionalmente vistas[12];

(iii) essa obra vai juntar-se a teorias de maior amplitude, que pretendem subverter a estrutura de masculinidade abstrata que é representada como a força organizadora de boa parte do pensamento social, moral e político[13]. Em essência, temos aqui duas afirmações: (a) a cultura ocidental estruturou seu pensamento segundo uma polaridade sexual em que o princípio masculino era superior e central[14]; (b) as questões que mais têm ocupado os teóricos da política, moralidade e legitimação do poder, vieram à superfície através de um processo de teorização masculino a partir da percepção masculina dos problemas da vida. Algumas feministas argumentam que há uma correspondência entre a maneira tecnológica de relacionar-se com o mundo – aquele de fragmentá-lo analiticamente para melhor dominá-lo racionalmente – e a experiência masculina de vida. O desejo de separar e controlar as formações corresponde ao masculino – à resposta masculina, que é ligada às afirmações de que é objetiva, lógica, extrovertida, realista, mecânica e pragmática. Muitas feministas argumentam que isso significa que o cientista, a fim de tornar-se "livre de valores", deve dividir sua personalidade e, dessa forma, correr o risco de tornar-se autoritário e emocionalmente estéril[15];

(iv) autoras levam as experiências das mulheres diretamente para a teoria e a prática de compreender o direito na realidade (mostrando os efeitos discriminatórios de se "viver o direito" ou do "direito em ação");

(v) para ir além da mera crítica, a produção acadêmica feminista tenta entender as dicotomias impostas pela teoria à análise da vida e rejeitar, como artificiais, aquelas que reivindicam uma naturalidade ou universalidade que se fundamentam em preconceitos masculinos; assim, torna-se possível defender, por se considerá-los superiores, os modos femininos de pensamento e associação, ou, alternativamente, por se vê-los como complementos do modo masculino, que deixa de ser considerado superior e passa a ser visto como apenas um de dois métodos analíticos de se fazer a associação entre cognição e mundo;

(vi) as pensadoras se opõem às percepções aceitas ou correntes sobre a normalidade dos padrões, como ocorre na concepção de igualdade, ou o reconhecimento de problemas, como ocorre na violência doméstica, uma vez que estes podem muito bem ser padrões criados pelo patriarcalismo – falsos para com a "realidade" à qual devemos aspirar;

(vii) a produção acadêmica feminista freqüentemente torna problemática qualquer confiança simples no direito como forma de resolver litígios sociais. Para boa parte da teoria jurídica feminista, o direito (e o Estado) é masculino em sua estrutura de racionalidade, tomada de decisões e formas de solução; portanto, o direito não pode ser a resposta ao problema da criação de relações sociais "justas" (nas noções de estado de direito, igualdade, direitos, justiça). Isso coloca a questão de se ir além do direito (motivo pelo qual a solução do estupro não pode vir do direito, sendo apenas um problema de desigualdades estruturais);

política e nas diferentes associações – impediu que muitas delas obtivessem as experiências exigidas pelo segundo e terceiro estágios. Do esquema de Rawls se depreende que esse desenvolvimento moral só pode ocorrer se homens e mulheres tiverem liberdade de ação nesses contextos em que se fundamentam as três posições. As teorias feministas da diferença afirmam, porém, que esse é um esquema de desenvolvimento moral dominado por homens, e que não leva em conta os diferentes tipos de raciocínio.

12. Para uma retomada do impacto variável da teoria feminista do direito sobre o ensino do direito, ver o artigo de K. O'Donovan (1981); para uma coletânea sobre a aplicação às áreas centrais, ver A. Bottommely (1995).

13. Como diz O'Brien (1981: 5) ao apresentar os fundamentos desse projeto mais amplo: "O que precisamos fazer, para dizê-lo da maneira mais simples, é ser capazes de demonstrar que a cultura de dominação masculina e o pensamento predominantemente masculino que a sustenta e justifica são, em certo sentido, induzidos ao preconceito pelo próprio fato de serem masculinos. Um modo de colocar isso, ou de pelo menos começar a fazê-lo, é considerar a filosofia masculina como uma ideologia de supremacia dos homens."

14. Além disso, uma forma de privilegiar os modos abstratos de raciocínio como única forma racional de tomada de decisões, uma associação das mulheres com o irracional (como diz Mari Matsuda, há um dualismo operante que opõe "o entendimento da intuição, da experiência e da emoção como antíteses inferiores da lógica, da razão e da ciência, associado a uma tendência a colocar as mulheres no primeiro grupo e os homens no segundo" ("Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature: A Feminist Critique of Rawls's Theory of Justice" (1986), 16 *New Mex LJ* 613, p. 617).

15. Robin Morgan (1989: 51) estabelece relações entre o patriarcalismo e a demarcação das bases da filosofia ocidental: "Se eu tivesse de citar uma qualidade como personificação do patriarcalismo, usaria a palavra compartimentalização, a capacidade de institucionalizar a desconexão. O intelecto separado da emoção. O pensamento separado da ação. A ciência apartada da arte. A própria terra dividida; fronteiras nacionais. Seres humanos categorizados: por sexo, idade, raça, etnia, preferência sexual, altura, peso, classe, religião, aptidão física, *ad nauseam*. O pessoal isolado do político. O sexo divorciado do amor. O material abstraído do espiritual. O passado sem vínculos com o presente e sem conexão com o futuro. O direito separado da justiça. A visão dissociada da realidade."

(viii) as estratégias feministas procuram iluminar e definir os delitos praticados contra as mulheres negligenciados pelas perspectivas tradicionais. Isso pode ser feito mediante a admissão da totalidade das vozes, das experiências das mulheres e de outras pessoas (particularmente de mulheres pertencentes às minorias étnicas), de modo que se redefinissem os delitos dos quais as mulheres foram vítimas.

As feministas têm enfatizado áreas específicas de vitimização das mulheres que sempre foram desprezadas pelo sistema tradicional. Nessas diferentes áreas, como o direito de família e a vitimologia, têm-se colocado muitas questões concretas e tomado muitas iniciativas práticas para minorar os problemas. Este capítulo, porém, vai permanecer no nível teórico e apresentar as diferentes escolas de pensamento.

A METODOLOGIA FEMINISTA

Em "Feminist Legal Methods" (1990), *Harvard Law Review*, Katharine Bartlett analisa três métodos. Em especial, (i) o da *colocação da questão da mulher*, ou o questionamento e identificação dos elementos da doutrina jurídica existente que ignoram ou colocam em posição inferior as mulheres e os membros de outros grupos excluídos; (ii) o da *razão prática feminista*, ou o raciocínio a partir de um ideal em que as soluções jurídicas são respostas pragmáticas a dilemas concretos, e não escolhas estáticas entre perspectivas opostas, freqüentemente mal combinadas; (iii) o da *maior conscientização, ou busca de* insights *e perspectivas enriquecedoras através da colaboração ou interação com outras pessoas, com base na experiência e na narrativa pessoais*.

Depois de afirmar que muitos dos projetos e temas da teoria jurídica tradicional e da teoria moral e política derivam essencialmente da experiência de vida masculina, as escritoras feministas oferecem contradescrições da vida. É evidente que os relatos variam, mas um tema central é o de que as mulheres vivenciam – e, portanto, passam a perceber – o mundo de maneira diferente dos homens. A forma específica do raciocínio feminista decorre das diferenças dessa existência/experiência, e as reivindicações da teoria feminista do direito podem assentar-se sobre essas bases.

A narrativa e as modalidades de escrita poética criam empatia e solidariedade ao apresentarem incidentes e sentimentos que evocam um nível de entendimento humano comum que ultrapassam a demarcação de identidades. Se o público e o escritor/falante tem uma experiência comum, o leitor sente-se mais propenso a apreciar os pressupostos básicos do escritor. O que a experiência dos homens brancos pode sugerir é lógico e simples; a experiência lógica, feminina, pode apontar para sugestões diferentes. A experiência de mundo de uma mulher pode levá-la a concluir que a idéia postulada pela filosofia política ou social do pensamento dominante é ilógica ou irracional, ou simplesmente irrelevante. Se ela não puder conciliar a idéia com sua própria experiência de vida, e se a idéia estiver na base da argumentação principal, a argumentação toda parecerá comprometida. Além disso, a forma da narrativa "humaniza" a teoria, trazendo-a para o nível das experiências vividas pela mulher; na escrita, ao se transpor o vazio entre o abstrato e o pessoal, é possível criar pontes onde antes só existia o abismo.

ESCOLAS E PERÍODOS DA ESCOLA DA "FILOSOFIA DO DIREITO" FEMINISTA

Em resumo, (i) a primeira onda de escritos feministas foi uma orientação *liberal* que clamava pela igualdade perante a lei; contudo, (ii) sempre houve uma tendência paralela de *feminismo radical*, que pregava a necessidade de ir além do liberalismo; e (iii) ambas se envolveram num processo de questionamento de objetivos e pressupostos em fins da década de 1970, quando, com muitas das medidas propostas em nome da igualdade liberal já conquistadas no Ocidente, colocou-se a questão: o que se devia buscar era a igualdade, uma vez que o critério de igualdade era a norma masculina? Não seria possível chegar a um acordo sobre uma diferença que fosse vantajosa, mas que também permitisse que homens e mulheres fossem tratados como iguais? Desenvolveu-se um *feminismo cultural* que buscava uma orientação positiva nas experiências e nos modos de raciocínio da mulher; este foi complementado pelo (iv) feminismo étnico, ou de crítica de raça, que se voltava para as experiências específicas da mulher negra; e ultimamente (v) desenvolveu-se um feminismo pós-moderno que tenta fazer frente à multiplicidade de forças culturais e aos espaços de subjetividade que decorrem da condição pós-moderna.

O feminismo liberal

A primeira onda de feminismo defendia a igualdade de tratamento para homens e mulheres. As feministas liberais apresentavam as mulheres como seres autônomos naturalmente dotados dos mesmos direitos e privilégios básicos dos homens, e rejeitavam a negação estrutural às mulheres de todos os direitos e privilégios de cidadania dos quais os homens desfrutavam. A *Declaration of Sentiments* adotada na Seneca Falls Convention[16] de 1848 – talvez o mais famoso documento do feminismo norte-americano do século XIX – era o equivalente feminista da Declaração de Independência com "rei Jorge" substituído por "homem": "todos homens e todas as mulheres são criados iguais; são dotados por seu criador de certos direitos inalienáveis; entre estes encontram-se a vida, a liberdade e a busca da felicidade". A filosofia jurí-

16. Declaração redigida em suas partes principais por Elizabeth Cady Stanton, assinada por cem homens e mulheres e aprovada pela primeira convenção dos direitos das mulheres em Seneca Falls. Uma comparação com a Declaração de Independência pode ser encontrada em Davies (1994: 183-7).

dica liberal dos séculos XVIII e XIX forneceu a base intelectual para a primeira onda de escritos feministas, como os de Mary Wollstonecraft ([1778, 1789] 1967)[17], William Thompson ([1825] 1983)[18], John Stuart Mill (1869)[19], e a escrita conjunta de Mill e Harriet Taylor (1970)[20].

O objetivo da teoria jurídica era alcançar subjetividade jurídica igual para as mulheres, assim como a tinham os homens. John Stuart Mill, por exemplo, abominava a idéia de que, no casamento, a mulher se tornasse propriedade sexual do marido, sem o direito de recusar a fazer sexo:

> Por mais brutal que seja o tirano ao qual ela tem a infelicidade de estar ligada – embora ela possa saber que ele a odeia, embora ele possa ter o prazer cotidiano de torturá-la, e embora ela considere impossível não sentir aversão por ele – ele pode solicitá-la e obrigá-la à mais aviltante degradação de um ser humano: a de tornar-se instrumento de uma função animal que contraria suas intenções (1869: 57).

Thompson argumentava que a escravização legal das mulheres impedia que os homens se tornassem mais esclarecidos:

17. Em *A Vindication of the Rights of Woman* (1789), Mary Wollstonecraft apresenta as mulheres como agentes racionais cuja inferioridade se deve, em grande parte, à educação inferior que a igualdade de oportunidades poderia corrigir.

18. Em *Appeal of One Half of the Human Race, Women, Against the Pretensions of the Other Half, Men, To Retain Them in Political and Thence Civil and Domestic Slavery* [Apelo a uma metade da raça humana, as mulheres, contra as pretensões da outra metade, os homens, de mantê-las em escravidão política e, portanto, civil e doméstica], William Thompson respondia a um artigo de James Mill sobre o governo em que Mill afirmava que as mulheres não tinham interesses distintos daqueles de seus maridos ou pais, e que, portanto, não tinham necessidade alguma de representação política independente. Thompson argumentava que as aptidões intelectuais das mulheres eram pelo menos tão grandes quanto as dos homens, e que as diferenças biológicas jamais deveriam ser usadas como argumento contra os direitos políticos. Thompson postulava que, ao fundamentar a distinção da base de alguma diferença natural, o direito havia "convertido a organização física num crime" (1983: 171). Além disso, ele acreditava que as mulheres não teriam criado muitas das leis que os homens haviam promulgado: "É possível imaginar que, exclusivamente nas mãos das mulheres, o Poder Legislativo tivesse produzido atrocidades e desgraças semelhantes àquelas com as quais os legisladores do sexo masculino haviam infestado o globo?" (*ibid.*: 131). As mulheres precisavam de independência econômica, e as leis discriminatórias precisavam ser revogadas. Historicamente: "Qualquer sistema de trabalho (...) qualquer sistema de governo (...) sob quaisquer vicissitudes da condição do homem, ele sempre fez da mulher sua escrava" (*ibid.*: 196).

19. Em *The Subjection of Women* (1869), John Stuart Mill argumentava que a razão de as mulheres parecerem incompatíveis com a vida pública estava em sua pouca experiência, devido a seus papéis tradicionais e aos interesses masculinos de manter esses papéis. Contudo, Mill não questionou seriamente a divisão dos papéis na família.

20. As idéias de Harriet Taylor foram incorporadas em *The Subjection of Women*, de seu marido John Stuart Mill, mas em "The Enfranchisement of Women" [A emancipação das mulheres] (1851) e em ensaios sobre o casamento, Taylor propunha uma total igualdade civil e política para as mulheres, o que incluía o emprego em instituições públicas e outras ocupações profissionais.

> Assim como a servidão das mulheres acorrentou o homem à ignorância e aos vícios do despotismo, sua libertação irá recompensá-lo com o conhecimento, a liberdade e felicidade ([1825] 1983).

Sob a bandeira do feminismo liberal, as mulheres alcançaram a maior parte de suas vitórias legislativas e judiciais, inclusive o direito ao voto, à igualdade de salários, aos benefícios sociais, ao acesso ao trabalho e à educação; foi assim também que conquistaram o direito de participar de júris e o direito condicional de optar pela interrupção da gravidez. Até pouco tempo, nos Estados Unidos, importantes adeptos dessa escola incluíam Wendy Williams, Herma Hill Kay e Nadine Taub, ainda que sua representante mais ilustre seja a juíza Ruth Bader Ginsburg. Tendo colado grau em 1971, quando ainda membro do corpo docente da faculdade de direito da Rutgers University, ela, com a cooperação da American Civil Liberties Union (ACLU), participou de inúmeros processos que desafiaram a discriminação por gênero em diversos contextos, obtendo um número significativo de vitórias, todas baseadas no liberalismo jurídico[21]. Críticos posteriores, escrevendo a partir de uma perspectiva às vezes chamada de teoria da *diferença*, acreditavam que as vitórias eram um tanto vazias, uma vez que, tendo por base a ideologia da igualdade formal dos sexos, equivaliam ao tratamento igual para mulheres que queriam ser tratadas do mesmo modo que os homens. Sob o feminismo liberal, as mulheres pareciam obter êxito somente à custa de alguma coisa. Por um lado, as que defendiam o individualismo freqüentemente eram bem-sucedidas, mas seu sucesso estava condicionado ao fato de agirem como se não houvesse obstáculos ao sucesso das mulheres enquanto grupo[22]. Por outro lado, esse sucesso era realmente um sucesso feminista ou uma transformação parcial no padrão masculino? Nicola Lacey afirma:

21. Muitos dos debates dizem respeito à Suprema Corte dos Estados Unidos, com sua capacidade de declarar a inconstitucionalidade das leis. Exemplos famosos incluem *Reed vs. Reed* 404 US 71, 77 (1971), em que a Corte invalidou uma lei que preferia os homens às mulheres como administradores de bens patrimoniais; *Frontiero vs. Richardson* 411 US 677 (1973), em que a Corte sustentou que as famílias de oficiais militares do sexo feminino tinham direito a moradia e benefícios nas mesmas bases em que as famílias dos oficiais masculinos os tinham; *Weinberger vs. Wiesenfeld* 420 US 636 (1975) é um exemplo da natureza universal da abordagem – pois nesse caso eram os homens que estavam sendo representados –, e a Corte revogou partes da Lei de Previdência Social (*Social Security Act*), que só concedia benefícios assistenciais às mães, e não aos pais, de trabalhadores falecidos que tinham cobertura de seguro.

22. Cott (1987: 281) afirma que muitas das mulheres que foram bem-sucedidas no passado – particularmente no período que vai de 1920 a 1950 – não podiam servir de modelo a outras mulheres, uma vez que tinham de agir como se seu sucesso estivesse ao alcance de qualquer pessoa que aceitasse as regras do jogo: "O recurso ao individualismo assumiu o ponto de vista feminista de que as liberdades e oportunidades das mulheres não deviam ser inferiores às dos homens, mas que o individualismo não mostrava como alcançar o objetivo, a não ser que se agisse como se este já tivesse sido alcançado. Ainda que tenha produzido modelos consumados de realização individual, não podia criar um programa que introduzisse mudanças na posição das mulheres enquanto grupo."

> A idéia central do feminismo liberal equivalia a uma estratégia de assimilação das mulheres a um padrão instituído pelos homens. Os direitos atribuídos aos homens enquanto sujeitos jurídicos tinham de ser disponibilizados às mulheres sempre que uma comparação entre o tratamento dispensado a ambos revelasse uma disparidade: a equiparação dava-se quase sempre numa única direção – a de uma norma masculina. O potencial radical inerente à idéia de "tratamento como igual" não se concretizava porque o debate político introduzido pelo feminismo liberal era extremamente limitado. Longe de produzir uma reconsideração substancial do modo como se organizava o mundo, já se presumia que os padrões públicos instituídos eram válidos, e os instrumentos conceituais feministas de parcialidade, discriminação e igual valor eram avaliados pelos padrões públicos instituídos (1995: 7).

Tendo em vista que as noções-chave do liberalismo jurídico são aquelas da neutralidade, imparcialidade e universalidade, os argumentos e as disposições legislativas tinham de ser estruturados de modo que não contradissesse esses ideais: por exemplo, a Lei Contra a Discriminação Sexual no Reino Unido, de 1975, proíbe a discriminação com base no sexo em vez de proibir a discriminação contra as mulheres. Porém, uma vez que setores progressistas da cultura judicial e legislativa têm sido dominadas pelo liberalismo jurídico, não surpreende que a maior parte das vitórias que favoreciam os direitos das mulheres foi obtida por proponentes dessa corrente. Contudo, o liberalismo jurídico pouco ajuda a compreender a natureza e as causas da opressão feminina, e pode dar a impressão de minimizar os embates políticos que ocorrem diariamente. Isso não quer dizer que a ênfase do legalismo liberal nos direitos e no individualismo não ofereça recursos ao trabalho crítico – a teoria de justiça de Rawls, por exemplo, foi recentemente aplicada à justiça da família[23] – o que ocorre, na verdade, é que a concentração nessa abordagem baseada em princípios é somente uma técnica, somente uma solução parcial.

23. Richards (*The Sceptical Feminist*, 1982) argumenta que princípios liberais como os contidos na obra de Rawls refletem uma preocupação com a justiça vista como a liberdade individual de perseguir o próprio destino. Portanto, esse princípio revelaria a injustiça da recusa sistemática em oferecer essas oportunidades às mulheres. Richards diz que a posição original de Rawls e o véu de ignorância deviam incluir especificamente a ignorância do próprio sexo (na teoria original de Rawls, as partes deviam pressupor que eram do sexo masculino e chefes de família), e que se devia permitir que a estrutura familiar fosse questionada. Com que se pareceriam as organizações familiares se concordássemos com a instituição de princípios de justiça para a família por trás de um véu de ignorância rawlsiano?

Da mesma maneira, Okin (1990) oferece uma análise que começa por propor essa experiência imaginária e sugere uma sociedade em que a criação dos filhos e o serviço doméstico sejam igualmente compartilhados; isso inclui creches subvencionadas pelo Estado e uma maior flexibilidade nos padrões de emprego, de modo que o trabalho remunerado e a criação dos filhos possam ser facilmente divididos entre homens e mulheres. Ela também argumenta que os que optarem pelo padrão da família tradicional não devem ser discriminados, e que os dois cônjuges devem ter o mesmo direito a toda a renda familiar, compartilhando-a por igual em caso de divórcio.

O feminismo radical

As feministas radicais vêem as diferenças culturais, sociais, econômicas e legais entre homens e mulheres como produto da dominação masculina. As conquistas das feministas liberais são às vezes vistas como algo que enfraquece a potencialidade radical do feminismo e permite que as mulheres tenham êxito em ocupações profissionais somente se elas "se assemelharem aos homens". O liberalismo jurídico é acusado de ignorar a realidade do poder e da dominação masculinos ao formular os princípios aparentemente neutros da agenda de igualdade sexual do liberalismo.

Catherine MacKinnon é uma escritora prolífica quando a vemos sob essa perspectiva. Duas questões podem apresentar brevemente seu estilo. Em sua opinião, a abordagem liberal do aborto que prevaleceu em *Roe vs. Wade*[24] coloca o problema do controle reprodutivo no contexto de uma estrutura de privacidade, liberdade pessoal e autonomia do indivíduo. O pensamento liberal oculta o fato de que um grande número de fatores, inclusive a pressão social, o aprendizado, a desvantagem econômica, a força sexual, a contracepção inadequada e a fragilidade das leis contra a agressão sexual exercem impacto de modo que não permita que as mulheres controlem as circunstâncias nas quais engravidam. Essa maternidade estruturalmente forçada é uma perpetuação da desigualdade econômica, doméstica e sexual; o aborto é necessário para compensar a falta básica de controle que a mulher tem sobre o processo de reprodução. Da mesma maneira, a pornografia é postulada e discutida pelo liberalismo jurídico no contexto da liberdade de expressão e da autonomia individual, enquanto MacKinnon a vê como um comércio que desumaniza a mulher e determina os padrões dos maus-tratos a elas infligidos, gerando o estupro, o abuso sexual de crianças, a agressão física, a prostituição forçada e o crime sexual. A própria natureza da pornografia contribui para aumentar a desigualdade social e legal das mulheres, e a define. Porém, as tentativas das feministas radicais no sentido de restringir a pornografia foram frustradas pelas forças dominantes do liberalismo jurídico, que impregnam as questões de liberdade de expressão no sistema jurídico norte-americano; as feministas liberais aliaram-se aos interesses masculinos para esmagar as propostas das feministas radicais[25]. Para estas, a pornografia não é uma forma de expressão, é o silêncio induzido das mulheres.

24. Em *Roe vs. Wade* 410 US 113 (1973), a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito condicional de uma mulher a interromper sua gravidez. As feministas radicais argumentaram que a gravidez devia ser vista no contexto da estrutura social da sociedade, e as feministas da esfera cultural afirmaram que a gravidez devia ser vista como uma experiência exclusivamente feminina; em resultado, o feminismo liberal é incapaz de entender as questões existenciais* e políticas envolvidas. *Roe* foi decidido no contexto do feminismo liberal e baseou-se em conceitos liberais convencionais de privacidade.

25. Como Strossen (1994: 151) expressou sua oposição às propostas de MacKinnon e A. Dworkin: "Primeiro, elas infringem princípios de liberdade de expressão. Segundo, subvertem os direitos femininos à igualdade ao darem às autoridades de Estado um poderoso instrumento para proibir obras de e sobre feministas

* Respectivamente, *fuck*, "*fuckee*" e "*fuckor*". (N. do T.)

Temas da obra de Catherine MacKinnon

Catherine MacKinnon trabalha com uma perspectiva neomarxista com seus temas de poder, dominação, alienação e a busca de um Estado futuro de relações sociais emancipadas. Por sua vez, ela tem muitos dos mesmos defeitos que já comprometeram análises marxistas anteriores, isto é, pressupõe para sua teoria uma verdade que transcende aquelas de outras perspectivas e é hostil à reconciliação; afirma a possibilidade de uma verdadeira essência das mulheres que se tornará evidente em condições de liberdade e insiste na totalidade da dominação masculina em todo o espectro da ordem social.

Num de seus primeiros artigos, MacKinnon (1982: 515) substitui a categoria do trabalho no esquema marxista tradicional pela categoria da sexualidade: "Para o feminismo, a sexualidade é o que o trabalho é para o marxismo: aquilo que as pessoas mais têm de seu, mas que lhes é mais subtraído."[26] O primeiro espaço de dominação encontra-se na apropriação masculina da sexualidade natural, pré-social, das mulheres, uma apropriação que configura a mulher como objeto do desejo masculino. Portanto, a sexualidade feminina na sociedade estrutura-se como uma objetificação do olhar masculino, e não como uma conseqüência de formas naturais ou verdadeiras. A formação dos gêneros estrutura-se com base nisso; em última análise, o poder que configura a estrutura das relações entre os gêneros e a dominação das mulheres pelos homens é o poder de visualizar e definir a natureza da sexualidade feminina e, portanto, o gênero.

Assim como em Marx não podemos ver o comportamento dos oprimidos, dos famintos, como o comportamento natural do homem, em MacKinnon não podemos ver o comportamento das mulheres sob condições contemporâneas como a verdade de seu gênero. O conjunto de papéis sexuais subordinados das mulheres não corresponde a nenhuma divisão natural, extra-social, mas só tem sua verdade enquanto criação dos processos sociais.

> Gênero é o que gênero significa. Não tem base em nada além da realidade social que sua hegemonia constrói. O processo que confere à sexualidade seu significado masculino hegemônico é, portanto, o processo por meio do qual a desigualdade de gênero se torna socialmente real (1987: 149).

e lésbicas; ao perpetuarem estereótipos aviltantes sobre as mulheres enquanto vítimas; ao nos alienar de abordagens construtivas que visam reduzir a discriminação e a violência contra as mulheres, e ao acabar com a liberdade de expressão, privando as feministas de um valioso instrumento para o avanço da igualdade das mulheres.

26. Em seu livro *Toward a Feminist Theory of the State* ela vai mais diretamente ao ponto: "Os homens fodem as mulheres; sujeito verbo objeto" (1989: 124). É papel das mulheres deixar-se foder (e MacKinnon se refere a elas como as "fodidas"), assim como cabe aos homens o papel de foder (eles são os "fodedores"). Dessa diferença, dessa estrutura de interação do modo de atividade da sexualidade, surge uma dominação através da diferença: "A diferença é a luva de veludo no punho de aço da dominação. O problema, então, não é que as diferenças não sejam valorizadas; o problema é que elas são definidas pelo poder. Isso é tão verdadeiro quando a diferença é afirmada quanto o é quando ela é negada, quando sua substância é aplaudida ou desprezada, quando as mulheres são punidas ou protegidas em seu nome" (*ibid.*: 219).

Quais são as conseqüências dessa onipresente dominação masculina?

As mulheres não podem confiar no Estado

Até mesmo o Estado neutro, liberal, de direito, é a encarnação do olhar masculino:

> O Estado é masculino no sentido feminista: o direito vê e trata as mulheres do modo como os homens vêem e tratam as mulheres. O Estado liberal constitui, coerciva e autoritariamente, a ordem social voltada para o interesse dos homens enquanto gênero – através de suas normas legitimadoras, de suas formas, sua relação com a sociedade e suas políticas substantivas. As normas formais do Estado passam em revista o ponto de vista masculino no nível da intenção (MacKinnon, 1989: 161-2).

O segredo dessa dominação, a chave de seu sucesso, é a crença hegemônica de que a estrutura do Estado de Direito liberal realmente impede a dominação. Para MacKinnon, a teoria jurídica liberal apresenta uma imagem do estado de direito em que o direito é desligado da moralidade, e o julgamento judicial é separado do governo:

> Na jurisprudência anglo-americana, considera-se que a moral (os juízos de valor) é separável e separada da política (das lutas pelo poder), e que ambas são separáveis e separadas da prestação jurisdicional (da interpretação). A neutralidade, inclusive a tomada de decisões judiciais moderadas, imparciais, que constituem precedentes, é tida como desejável e descritiva. Os tribunais, foros sem predisposições entre as partes e sem interesses próprios, refletem a sociedade de volta a si mesma, resolvida. O governo do direito, não os homens, limita a parcialidade com restrições escritas e atenua a força com uma razoável obediência às regras (*ibid.*: 162).

Ao criar essa imagem de imparcialidade, o Estado de Direito mostra-se cego ao fato de que opera no sentido de reforçar as desigualdades estruturais que preexistem ao apelo ao direito, e que também são intrínsecas à jurisprudência do direito. Porque, se os sujeitos do direito a ele vêm na condição de cidadãos, como criaturas portadoras de direitos na modernidade, o sujeito da mulher enquanto portadora de direitos é de identificação e construção masculinas. Reivindicar a proteção da lei é reivindicar a proteção de alguma coisa já estabelecida no ponto de vista masculino – aplicar o direito abstrato é aplicar aquilo que foi construído segundo a perspectiva do homem. O Estado de Direito liberal é o domínio dos homens sob o disfarce do estado de direito – seu poder é intensificado através da hegemonia do subterfúgio.

A própria noção de igualdade é suspeita

Não apenas não se deve confiar no Estado, como também *a própria noção de igualdade é suspeita – em vez de usá-la, devemos perguntar: "igualdade em relação a quê?"*. As mulheres querem reivindicar direitos iguais, mas não estarão reivindicando somente o direito de ser vistas como homens pelo olhar do Estado masculino?

> O Estado tem uma jurisprudência masculina, o que significa que adota o ponto de vista do poder masculino na relação entre direito e sociedade. Essa atitude é especialmente clara nos julgamentos acerca da constitucionalidade, apesar de legítima na medida em que é neutra quanto à política da legislação. A base de sua neutralidade é o pressuposto geral de que as condições que vigoram entre os homens com base no gênero também se aplicam às mulheres – isto é, o pressuposto de que a desigualdade sexual realmente não existe na sociedade. A Constituição – o documento constitutivo do Estado dessa sociedade – pressupõe, em sua interpretação, que essa sociedade, abstraído o governo, é livre e igual; que suas leis em geral refletem isso; e que o governo precisa e deve corrigir somente aquilo com que lidou mal anteriormente. Essa postura é estrutural a uma Constituição de abstenção: por exemplo, "O Congresso não promulgará nenhuma lei que reduza a liberdade de (...) expressão". Os que desfrutam de liberdades apreciam a igualdade, a liberdade, a privacidade, e socialmente a liberdade de expressão os mantém juridicamente a salvo de intrusão governamental. Ninguém que não as tenha socialmente pode estar seguro de tê-las juridicamente" (*ibid.*: 163).

Já vimos essa crítica antes. No Estado de Direito liberal afirma-se que todos estão proibidos de dormir embaixo das pontes principais da capital; a lei se aplica igualmente tanto aos pobres quanto aos ricos. A questão é que só os pobres podem precisar dormir embaixo de pontes; desse modo a lei, ao aplicar-se igualmente na teoria jurídica, na prática só se aplica aos pobres. A argumentação de MacKinnon permanece no nível dos entendimentos hegemônicos; a desigualdade social que existia na ordem social do patriarcalismo tradicional não foi destruída pelos direitos legais oferecidos pelo liberalismo. Essa desigualdade é difícil de perceber e combater, porque é papel do Estado não intervir na reformulação da ordem social. Esse meio-termo – o princípio de liberdade de John Stuart Mill – seria legítimo se fosse verdade que os gêneros realmente fossem iguais perante a lei, se as liberdades do corpo social fossem uniformemente distribuídas; mas o fato é que não são. MacKinnon faz uma leitura da famosa máxima de que a modernidade se desenvolveu num movimento "de *status* para o contrato" (de identidades pré-modernas baseadas no *status* de classe, gênero e família, para a identidade do indivíduo abstrato, que desfrutaria de igualdade):

> Uma vez que se entenda o gênero como um meio de estratificação social, as categorias de *status* básicas para o direito medieval, que se imagina terem sido substituídas pelos regimes liberais em forma de construtos aspiracionais, não-hierárquicos, de personificação abstrata, mostram-se essencialmente inalteradas. Como categoria de *status*, o gênero era simplesmente inferido da existência jurídica, suprimido numa ordem social presumivelmente pré-constitucional através de uma ordem constitucional destinada a não alcançá-lo. Falando em termos descritivos, e não funcionais ou motivacionais, a estratégia consiste primeiro em constituir a sociedade de modo desigual, anterior ao direito; depois, em conceber a Constituição, inclusive o direito à igualdade, de modo que suas garantias só se apliquem àqueles valores que são subtraídos pelo direito; depois, em construir normas legitimadoras de modo que o Estado se legitime através da não-interferência no *status quo*. Depois, na medida em que a dominação masculina se torne tão efetiva na sociedade que seja desnecessário impor a desigualdade sexual por meio do direito, a tal ponto que somente as desigualdades sexuais mais superficiais se tornem *de jure*, nem mesmo uma garantia jurídica de desigualdade sexual será capaz de produzir igualdade social (*ibid.*: 163-4).

O verdadeiro dano causado pelas diferentes agressões às mulheres é a imagem de subordinação e a objetificação

Boa parte do "sucesso" do feminismo no terreno jurídico tem ocorrido na visibilidade conferida aos danos sofridos pelas mulheres, por tanto tempo ocultos quer por trás da recusa em intervir (como na recusa em acreditar na freqüência do incesto ou do estupro), quer por ocorrerem dentro da esfera privada (a violência doméstica). As feministas jurídicas norte-americanas planejaram intervenções concretas no terreno prático do policiamento e da criação de normas criminais através da teorização dos danos às mulheres que podem ser especificamente associados ao gênero – como o assédio sexual – como danos sociais de ocorrência baseada em grupos. A própria MacKinnon tornou-se reconhecida pelo poder jurídico estabelecido através de uma definição bem-sucedida do assédio sexual, que desse modo se tornou uma categoria aceita de dano passível de reparação legal. Ela também se juntou a Andrea Dworkin numa campanha contra a pornografia. Sua posição sobre a pornografia tem pouco a ver com a sexualidade como tal; na verdade, nega que a pornografia contenha qualquer sexualidade natural ou livre em si. Ao contrário, a verdade da pornografia encontra-se na representação das mulheres como objetos, objetos a ser dominados, abusados, vitimados pela coerção – a pornografia só apresenta a sexualidade através da dominação.

> Definimos a pornografia como a subordinação sexualmente explícita das mulheres por meio de imagens ou palavras, o que também inclui o fato de serem desumanizadas como objetos sexuais, coisas ou bens de consumo; sofrendo dores, humilhações ou estupro; sendo amarradas, cortadas, mutiladas, contundidas ou feridas fisicamente; em poses de submissão sexual, servilismo ou exposição pública; reduzidas a partes do corpo, penetradas por objetos ou animais, ou apresentadas em cenários de degradação, maus-tratos, tortura; mostrada como criaturas sórdidas ou inferiores; ensangüentadas, contundidas, machucadas num contexto que tornam essas circunstâncias sexuais (*ibid.*: 176).

Andrea Dworkin e MacKinnon sugerem que a representação de uma sexualidade livre é possível: "As publicações eróticas, por contraste definidas como não-pornográficas, podem constituir um material sexualmente explícito que não desfigure a igualdade." Depois de consumir muita energia em campanhas em prol do reconhecimento das iniqüidades contra as mulheres, MacKinnon é ambivalente:

> Na verdade, eu preferiria não ter despendido tanta energia tentando fazer com que o direito reconheça os delitos praticados contra as mulheres como delitos. Contudo, parece necessário legitimar nossos danos como tais a fim de deslegitimar nossa vitimização por eles, sem o que é difícil avançar de modo mais positivo (1987: 104).

Aqui, o feminismo pode juntar-se aos criminologistas radicais na tentativa de redefinir "dano". Na área criminal da vitimologia, tentativas recentes têm se concentrado na definição de certos tipos de "danos" para além daqueles normalmente reconhecidos. Da mesma forma, algumas escritoras feministas têm se concentrado no machismo dos procedimentos jurídicos, em particular no julgamento de crimes sexuais como o estupro. Colocado em termos simples, no julgamento por estupro o procedimento se destina a derrubar a história contada pela demandante, o que se faz tanto ao colocá-la como objeto de muitas dúvidas quanto ao dar-lhe conotações sexuais implícitas. A vítima se torna objeto do olhar masculino e é forçada a reviver sua agonia. Como diz o criminologista inglês Carol Smart:

> A mulher que conta a história de seu estupro, mesmo com suas próprias palavras e não com as do advogado de defesa, corre o risco de ser sexualmente instigante.
>
> O processo de julgamento por estupro pode ser descrito como uma sexualização específica do corpo de uma mulher que já foi sexualizada nos limites de uma cultura falocêntrica. Seu corpo torna-se literalmente saturado de sexo. Algumas mulheres talvez consigam resistir a isso até certo ponto, por exemplo, as muito velhas, mas a maioria não consegue...
>
> O julgamento por estupro é um processo de desqualificação e celebração. Desqualifica a experiência feminina de abuso sexual. Isso é mais do que dizer que o direito toma o não das mulheres como um sim, ou que é sexista. As duas coisas são verdadeiras; a questão, porém, é que o espetáculo que ela deve relatar leva decididamente o julgamento por estupro para além dos domínios da incerteza e da dúvida. O direito exagera em seu entendimento comum da sexualidade feminina. Dá-lhe rédea livre e constrói a narrativa do estupro de forma sexualizada. Pode-se então desqualificar a mulher sexualizada. Ao mesmo tempo, porém, o direito celebra a chamada heterossexualidade natural. Uma vez que diz respeito ao consentimento e ao não-consentimento, a perseguição sexual das mulheres, que pode levar à submissão, é definida como um ato à margem da lei. Para o homem, o fato de ser um predador sexual é tido como normal, até mesmo como desejável. A sexualização de todas as mulheres é igualmente vista como natural; constranger uma mulher até que ela ceda é visto como coisa natural, um agradável passatempo falocêntrico. O julgamento por estupro não permitirá crítica alguma a essa atividade "natural".
>
> Portanto, a experiência das mulheres não tem lugar nesse processo (...) (Carol Smart, "Law's Truth/Women's Experience", em *Dissenting Opinions: Feminist Exploitations in Law and Society*, 1990: 18).

Boa parte da complexidade da experiência da vítima é tida como inadequada aos procedimentos do julgamento – ela é forçada a reportar-se apenas às noções jurídicas estabelecidas, e quaisquer preocupações que não possam ser acrescentadas ao discurso estritamente jurídico são reduzidas ao silêncio (ver Estrich, 1987)[27].

Na análise de Smart, as mulheres podem compreender suas próprias experiências em seus próprios termos e usar isso como uma verdade que contradiz aquela do discurso legal. MacKinnon, ao contrário, argumentava que a dominação do machismo prejudicava gravemente o entendimento feminino da "verdade" de suas próprias vidas; a teoria feminista é um agente de libertação.

Como as mulheres podem confiar em suas próprias experiências e em sua própria concepção?

Se MacKinnon está certa sobre o poder da ideologia e da hegemonia, então não existe um modo seguro de as mulheres refletirem sobre suas posições e estratégias. MacKinnon resolve o dilema ao conceder aos homens algum *status* privilegiado como "realidade". "O enfoque feminista é simples. Os homens são as condições materiais das mulheres. Se acontece com as mulheres, acontece." Contudo, isso não apenas nega que o universo masculino também deva ser socialmente construído; condena as mulheres a conhecer apenas por resistência, a só saber que elas devem afirmar o não-masculino, e não o feminino*.

---

27. Em *Real Rape*, 1987, Susan Estrich começa com uma descrição de seu próprio estupro e passa para uma análise do informe, da investigação, da ação penal e do julgamento dos casos de estupro. Estrich propõe mudanças específicas nas regras jurídicas, mas se concentra no modo como o direito penal norte-americano construiu a coerção sexual como consentimento. Ela usa diversos estudos de caso e discussões sobre a legislação para desenvolver uma narrativa da exclusão da perspectiva da vítima; consentimento e coerção são definidos a partir do ponto de vista masculino, com a expectativa de que a mulher recorra à força em reação à agressão do homem, e as questões de processo legal justo refletem o temor de que a mulher possa acusar homens inocentes de estupro. Outros estudos que usam os argumentos de MacKinnon sobre o modo como o "consentimento" é estruturalmente forçado incluem a análise, por Olsen, do estupro presumido ("Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis", 1980). Sua análise dos argumentos apresentados pelos membros da Suprema Corte, por advogados, por advogadas feministas e outros, faz transparecer o modo como cada argumento omite interesses particulares e, ao eliminar *insights*, pode impedir que o advogado tenha uma visão clara do que realmente aconteceu à mulher real no caso real.

* Há no original um jogo de palavras intraduzível: *to assert the non-male, rather than the (fe)male*. É impossível manter, em português, o jogo entre *male* (masculino) e *female* (feminino); a forma (fe)minino não reproduz o sentido do original. (N. do T.)

Digressão sobre o feminismo e a tecnologia da liberação: o exemplo do controle da natalidade e do aborto

Um mito central da modernidade é o "dilema tecnológico". Muitas feministas têm se voltado para os avanços tecnológicos para transformar as oportunidades de emprego e libertá-las dos perigos da reprodução. Sem dúvida, as mudanças na estrutura de produção podem ter feito mais para transformar as oportunidades econômicas para as mulheres instruídas de classe média, enquanto a tecnologia da sexualidade (melhores mecanismos de controle da natalidade, a pílula) afastou a sexualidade de sua íntima relação com a morte (Giddens, 1992). Em fins da década de 1960, feministas radicais como Shulamith Firestone consideravam o papel feminino de reprodução biológica como o principal obstáculo à emancipação das mulheres, e chegavam inclusive a denunciar, como opressores, os próprios fatos dos processos naturais:

> A própria gravidez, independentemente do desprezo masculino, é invasiva, perigosa e opressiva; é uma agressão à integridade e privacidade físicas do corpo (Firestone, *The Dialectic of Sex*, 1970).

A armadilha biológica criou um "sistema de castas sexuais"; para as mulheres, era impossível conhecer o verdadeiro amor, uma vez que este deve ser uma emoção que nasce da igualdade, e a realidade das relações era de dependência econômica e social das mulheres. Assim, "o amor, talvez mais ainda que o parto, é hoje o pivô da opressão feminina" (1970: 121). As mulheres devem apoderar-se dos meios de reprodução e usar a tecnologia para desligar, tecnicamente, seus corpos da reprodução; essa devia ser uma precondição da libertação das mulheres. Mas elas precisavam ser cuidadosas, uma vez que o interesse masculino continuaria sendo o de manter a supremacia e, desse modo, as mulheres deviam mudar as tecnologias sociais do parto e da criação dos filhos, além de controlar a decisão de ter ou não um bebê.

A análise de Firestone alcançou proporções míticas; é ao mesmo tempo citada por suas afirmações exageradas e usada como exemplo de realismo feminista. Imaginar em que poderiam resultar as novas tecnologias de reprodução era comum. Num livro anterior, que foi o texto principal do feminismo por toda uma geração, ou mais – *O segundo sexo* (1953), de Simone de Beauvoir –, encontramos tanto uma celebração existencialista da liberdade do homem perante a natureza quanto um doloroso apelo a que as mulheres assumam o controle de suas faculdades reprodutivas.

De Beauvoir celebra a transcendência masculina da natureza; o homem deu valor a sua existência ao dominar a natureza e reformular as atitudes instintivas por meio do ordenamento humano (o direito). O homem criou instrumentos que inventam possibilidades, que dão forma ao futuro; as mulheres, ao contrário, ficaram presas à armadilha do corpo. O homem procura controlar seu meio ambiente e dominar as forças da natureza; as mulheres são ligadas à natureza, e o resultado disso foi que o homem "dominou a natureza e a mulher" (1953: 91).

As mulheres vivem num estado de escravidão aos fatos biológicos da gravidez, do parto e da amamentação que não pode dar sentido a sua existência, uma vez que "não há nela projeto algum"; uma mulher não pode situar em tais fatos "uma afirmação superior de sua existência" (*ibid.*: 88). A reprodução é uma questão central; é a área em que – no sentido de que elas não têm escolha diante de seus resultados reprodutivos – as mulheres mostram sua impotência, sua passividade e incapacidade de controlar e dirigir as condições de sua existência. Portanto – enquanto a tecnologia dos instrumentos deu ao homem a possibilidade de transcender a dependência natural –, o controle sobre a reprodução através do aborto e da contracepção é o que oferece à mulher a possibilidade de transcender a natureza[28].

O aborto deve ser uma questão crucial da luta feminista; ainda que não exista uma posição feminista sobre o aborto, trata-se de um espaço de contestação que inclui argumentos sobre o poder das mulheres sobre seu corpo e seu direito à autodeterminação, enquanto, por outro lado, alguns reconhecem os "direitos do feto" e a negação de uma "personalidade' (futura) se o feto for eliminado. As opiniões sobre o aborto são influenciadas pela religião (e muitas feministas vêem na recusa católica em admitir os contraceptivos um desejo de condenar as mulheres à passividade) e complicadas pela experiência histórica do genocídio racista ou pelas experiências de mulheres negras que tiveram de enfrentar a esterilização forçada.

De Beauvoir analisa o aborto no contexto do controle cada vez maior que as mulheres vêm exercendo sobre a reprodução; portanto, a legislação pró-aborto representa um enorme avanço para as mulheres, porque seu uso é um exercício de liberdade e atuação. Não obstante, De Beauvoir é presa de sentimentos contraditórios; por um lado, a recusa em permitir o aborto é uma medida da resistência à liberdade e ao poder das mulheres; por outro, abortar um feto é uma das experiências mais cruéis pelas quais pode passar uma mulher. Além disso, em muitas circunstâncias, talvez na maioria delas, o contexto da decisão de abortar envolve a cínica duplicidade dos homens.

> Os homens proíbem universalmente o aborto, mas individualmente aceitam-no como solução conveniente de um problema; conseguem contradizer-se com indiferente cinismo. A mulher, por sua vez, sente essas contradições em sua carne ferida; em geral, ela é demasiado tímida para rebelar-se abertamente contra a má-fé masculina; ela se vê como vítima de uma injustiça que faz dela uma criminosa contra sua vontade, e ao

28. Esta é uma possibilidade ambígua. As feministas afirmam que a tecnologia foi desenvolvida por empresas comerciais em grande parte controladas por homens, e que o uso de tal tecnologia pode ter o efeito de deixar as mulheres sexualmente mais disponíveis aos homens a um menor custo social. Morgan (1970: xxv) é retoricamente inflexível: "Sabemos que a chamada revolução sexual não passou de uma nova modalidade de opressão das mulheres. A invenção da pílula gerou milhões de dólares para os laboratórios farmacêuticos, transformou-nos em cobaias e em pessoas ainda mais 'disponíveis' enquanto objetos sexuais; a partir de então, se uma mulher não quisesse ir para a cama com um homem é porque deveria ter problemas emocionais ou ser inibida'."

mesmo tempo sente-se aviltada e humilhada. Ela encarna em si mesma, de modo concreto e imediato, a culpa do homem; é dele a culpa, mas ele se livra atribuindo-a à mulher; diz apenas algumas palavras em tom suplicante, ameaçador, sensível ou furioso, e logo se esquece delas; cabe à mulher interpretar essas palavras com sofrimento e sangue. Às vezes ele nada diz, apenas desaparece (...). [As mulheres então] aprendem a não mais acreditar no que dizem os homens (...); a única coisa de que têm certeza é desse útero saqueado e sangrento, desses rubros farrapos de vida, dessa criança que não está ali... Para muitas mulheres, o mundo jamais será o mesmo (1953: 474).

De Beauvoir está presa aos critérios existencialistas de afirmar e tomar o controle da própria existência; adota um dos pontos-chave que definem a modernidade, aquele do domínio sobre a natureza como símbolo do indivíduo moderno, e utiliza-o como seu princípio fundamental de valor. Contudo, ainda que não se precise definir a ação pessoal pelo controle sobre os fatos, o apelo à tecnologia da contracepção e do aborto se funda no fato de conferirem substância ao discurso liberal sobre os direitos. Contudo, se o liberal permanece numa discussão da justiça dos direitos, pode estar se evadindo da realidade da liberdade potencial das mulheres e do desafio do próprio feminismo. A distância entre uma discussão filosófica dos direitos envolvidos no aborto e a preocupação do feminismo com o poder das mulheres é ao mesmo tempo minúscula e gigantesca.

O legalismo liberal contra o feminismo: o caso de Life's Dominion [Domínio da vida], de Ronald Dworkin

O mais importante jurista liberal, Ronald Dworkin, argumenta que o debate sobre o aborto tem sido erroneamente apresentado como opiniões conflitantes sobre se o feto é ou não uma pessoa com direitos e interesses próprios a partir do momento da concepção, inclusive o direito a que não o matem. Ele afirma que, na verdade, a questão subjacente diz respeito a saber se, e, em caso de resposta afirmativa, como e por que a vida humana tem "valor intrínseco" (isto é, "seu valor é independente daquilo que as pessoas apreciam, querem ou desejam, ou que é bom para elas" (1993: 71), e se o aborto é condenável porque "nega e ofende a santidade ou inviolabilidade da vida humana" (*ibid.*: 24).

Dworkin constrói sua argumentação passo a passo com o tema constante de que, subjacente à questão do aborto, há um núcleo de argumentos morais "autônomos sobre como e por que a vida humana tem valor intrínseco, e o que isso implica para as decisões pessoais e políticas que envolvem o aborto" (*ibid.*: 24). Como em outras obras suas, Dworkin está em busca de uma teoria constitucional plena, que contenha integridade e permita que se tome uma decisão com base em princípios. Ele conclui que as mulheres têm um direito constitucional abstrato, baseado na privacidade, à "autonomia procriadora", e que falta ao Estado um interesse categórico de proteger o valor sagrado e autônomo que é representado pelo feto sempre que este possa reduzir seriamente o interesse da mãe pela liberdade, e nos casos em

que a comunidade está dividida quanto ao que o respeito por esse valor requer. Ele oferece um meio-termo: os Estados não devem banir o aborto, mas podem forçar as mulheres grávidas a refletirem de modo responsável sobre a decisão de abortar, desde que não as forcem a tomar uma decisão específica.

As discussões de Dworkin são notáveis por sua postura interpretativa; ele procura aplicar sua metodologia interpretativa liberal para pôr a descoberto uma estrutura racional por trás do (confuso) debate atual e dos casos jurídicos apropriados (*Roe vs. Wade*, 410 US 113, 1973; e *Planned Parenthood vs.Casey*, 112 S Ct 2791, 1993); contudo, a tudo isso também se aplica a mesma crítica feita às bases de sua comunidade interpretativa. A questão é simples: ao construir sua argumentação, ou Dworkin "simplesmente entendeu mal as críticas feministas do discurso privado" (McCaffrey e Novkov, 1994: 203), ou é ingênuo em relação à política do projeto feminista. Quanto à primeira possibilidade, sua transformação do debate numa aura de princípios não lhe permite perceber em que medida as posições de escritoras como MacKinnon dizem respeito a características existenciais da vida de uma mulher. Como sintetizam McCaffrey e Novkov:

> MacKinnon não está desenvolvendo um argumento sobre o valor intrínseco do feto, mas sim sobre a relação material entre a mulher e o feto que ela traz consigo. A relação é profundamente contextual e contém a história de sua formação. Portanto, pode tornar-se problemática através do modo como veio a existir: se uma mulher engravida devido a um ato de sexualidade forçada, sua relação com seu feto será diferente de sua relação com um feto que ela tivesse concebido por livre vontade. (...) MacKinnon procura enfocar a história contextualizada das origens do feto e o efeito que essas origens exercem sobre a mulher que o traz consigo (*ibid.*: 206-6).

A solução que MacKinnon propõe para o dilema do aborto consiste em situá-lo no interior das formas cambiantes de estrutura social e esperanças de igualdade sexual. Se as relações sexuais podem tornar-se menos desiguais e coercivas (tanto pessoal quanto estruturalmente), não apenas o problema será menor em termos quantitativos (no sentido de que, graças a uma escolha mais livre, haveria um menor número de fetos), como também a relação com o feto seria diferente em qualquer caso individual. A leitura que Dworkin faz de Gilligan também retoma a idéia de responsabilidade, mas minimiza a idéia afim da relação. Em resumo, há um abismo entre o enfoque dworkiniano da santidade da vida (e sua vaga teoria correspondente sobre o sagrado) e o papel do aborto na vida das mulheres. Do ponto de vista feminino: "as tentativas do Estado de regulamentar o aborto remetem, na verdade, à adoção de concepções específicas sobre os papéis ideais das mulheres na sociedade" (*ibid.*: 224).

O aborto é uma questão política nas campanhas da Nova Direita norte-americana e inglesa, e assume o aspecto de uma questão religiosa; para muitas mulheres, é uma ideologia de mistificação, pois o verdadeiro problema é a marginalização política e econômica dos interesses das mulheres. Para as feministas, o aborto não é apenas uma questão de direitos; é um espaço de importância vital, sobrecarregado

de lutas históricas a propósito da família, da maternidade, da sexualidade e da autosuficiência, e é somente ao se assegurar às mulheres a condição de membros plenos e iguais da sociedade que o problema do aborto pode ser visto em sua maior profundidade existencial.

Feminismo cultural e teoria da diferença

> A filosofia, tanto ideal quanto material, não tem considerado interessante a práxis feminina de dar à luz; ao contrário, tem abonado um desagradável fetiche sobre a morte, uma preocupação com a finitude. A morte sem nascimento não é somente abstrata e irreal, mas aponta para uma estranha relutância em dar sentido à persistência da espécie como subestrutura material da temporalidade. Quero sugerir que tal elisão só é possível onde o pensamento é masculino (O'Brien, 1989: 84).

Para o feminismo cultural, a dominação masculina tem por base o fato de a estrutura de pensamento (razão) moderna estar fundada sobre a experiência masculina e na força da violência, mas a humanidade perde muitas coisas valiosas graças ao desprezo pelas experiências e perspectivas das mulheres. Até mesmo no irredutível núcleo liberal da teoria jurídica – o direito como barreira que mantém afastada a morte pessoal e coletiva –, minimiza-se o caráter fundamental da ligação material da mulher com a vida e sua manutenção[29]. O feminismo cultural tenta reparar essa deficiência, apresentando o raciocínio do "outro" feminino.

Carol Gilligan

Gilligan, psicóloga educacional norte-americana de Harvard, elaborou uma tese sobre a "voz da mulher" e uma ética do cuidado* que se tem mostrado extremamente polêmica.

Em seu livro *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982), Gilligan dava uma resposta à obra de Lawrence Kohlberg (1973, 1976, 1981, 1987), que havia estabelecido uma escala de desenvolvimento moral cognitivo em que as mulheres eram constantemente sobrepujadas pelos homens. Em seu livro, Gilligan argumentava que o raciocínio moral das mulheres não era inferior; era simplesmente diferente, enfatizando valores contrastantes. Segundo o modelo de desenvolvimento humano em seis estágios (originalmente baseado num estudo empírico de 84 meninos durante um período de 20 anos) desenvolvido por Lawrence Kohlberg, o discernimento das mulheres parecia exemplificar o terceiro estágio de desenvolvimento, no qual a bondade era associada a agradar e ajudar os outros. Kohlberg explicava isso como resultado das experiências de vida "permitidas" às mulheres, e sugeria que se elas tivessem um papel mais importante na esfera pública poderiam passar para os estágios mais altos que caracterizavam o discernimento masculino. Por sua vez, Gilligan afirma que sua pesquisa empírica revela o que ela chama de voz da mulher, uma voz diferente, não necessariamente inferior à voz humana/masculina que tem sido tradicionalmente descrita pelos psicólogos.

Kohlberg desenvolveu uma noção de motivos estruturalmente categorizados para o engajamento na ação moral através de testes como o seguinte "dilema moral" a que o estudante deve responder[30]:

> Na Europa, uma mulher que sofria de câncer estava à beira da morte. Um remédio poderia salvá-la, uma forma de rádio que um farmacêutico da cidade havia descoberto recentemente. O farmacêutico cobrava 2 mil libras pelo remédio, dez vezes mais do que lhe custara prepará-lo. O marido da doente, Heinz, pediu a todos os seus conhecidos um empréstimo em dinheiro, mas só conseguiu obter mais ou menos a metade do que precisava. Ele disse ao farmacêutico que sua esposa estava morrendo e pediu-lhe que cobrasse menos pelo remédio ou que o deixasse pagar mais adiante. O farmacêutico, porém, disse "não". Desesperado, o marido arrombou a farmácia e roubou o remédio para a esposa. Ele deveria ter feito isso? Por quê?

Há uma lista de respostas que não fornecem uma razão absolutamente certa ou errada. Ao contrário, é possível ocorrer divergências em qualquer estágio. Não obstante, os estágios são definidos por princípios de raciocínio, isto é, por formas, não por conteúdo.

Há dois estágios de *moralidade pré-convencional*:

Primeiro estágio: A ação é motivada pela fuga à punição, e a "consciência" é o medo irracional de punição.
Pró – Se você deixar que sua esposa morra, vai ter problemas. Será acusado de não ter gasto o dinheiro necessário para salvá-la, e haverá uma investigação sobre você e o farmacêutico devido à morte de sua esposa.
Contra – Você não deve roubar o remédio, pois será detido e mandado para a cadeia se o fizer. Se conseguir escapar, sua consciência não vai deixá-lo em paz, pois ficará o tempo todo pensando que a qualquer momento a polícia poderá prendê-lo de novo.

29. Para preservar a supremacia do homem, o problema do nascimento e das inter-relações deve ser retirado do centro da cena; os homens nascem das mulheres, mas devem encontrar sua essência em outra parte, não em sua relação com elas; como Descartes, que perguntou "de onde provém minha existência?", e respondeu: de Deus. A palavra de Deus deve ser transcrita e traduzida pelos homens.

* No original, *an ethic of care*. A palavra *care* significa "cuidado", "solicitude", "proteção". Será aqui traduzida como "cuidado(s)", no sentido da aplicação dessas qualidades (femininas, para o texto) em benefício de uma comunidade ou de casos individuais. (N. do T.)

30. A discussão do dilema de Kohlberg, apresentada a seguir, provém em grande parte de *Reconstructing Public Philosophy* (1982: 128-31), de William M. Sullivan.

Segundo estágio: A ação é motivada pelo desejo de recompensa ou benefício. As possíveis reações de culpa são ignoradas, e a punição é vista de modo pragmático (isso diferencia o próprio medo, sofrimento e prazer das conseqüências da punição).
Pró – Se você vier a ser preso, poderia devolver o remédio e sua sentença seria relativamente leve. Não será muito desagradável passar alguns dias preso se você voltar para sua esposa ao sair da prisão.
Contra – Ele poderá passar pouco tempo na prisão, mas sua esposa provavelmente já terá morrido quando ele sair, o que não será nada bom para ele. Se a esposa morrer, ele não deve culpar-se: não foi por culpa dele que ela teve câncer.

A seguir vem a *moralidade convencional*, que é reflexo do sentimento de se pertencer a um grupo. "O indivíduo convencional subordina as necessidades individuais ao ponto de vista e às necessidades do grupo ou dos relacionamentos compartilhados" (Kohlberg).

Terceiro estágio: A ação é motivada pela expectativa de desaprovação dos outros, real ou imaginária/hipotética (por exemplo, a culpa) (isso diferencia a desaprovação da punição, do medo e do sofrimento).
Pró – Ninguém pensará que você é uma pessoa má se roubar o remédio, mas sua família vai considerá-lo um marido desumano se não a roubar. Se você deixar que sua esposa morra, nunca mais conseguirá encarar alguém sem constrangimento.
Contra – Não é só o farmacêutico que vai vê-lo como um criminoso; todos os demais agirão da mesma forma. Depois de roubar o remédio, você vai sentir-se mal ao pensar que desonrou sua família e a si mesmo; nunca mais vai olhar alguém de frente.

Quarto estágio: A ação é motivada pela expectativa de desonra, isto é, de culpa institucionalizada pelo não-cumprimento do dever e por danos concretos causados aos outros (isso diferencia a desonra formal da desaprovação informal; isso diferencia a culpa por más conseqüências da desaprovação).
Pró – Se você tiver algum sentimento de honra, não deixará que sua esposa morra porque tem medo de fazer a única coisa que poderia salvá-la. Você se sentirá sempre culpado pela morte dela se não fizer o que for preciso para evitar sua morte.
Contra – Você está desesperado e talvez não saiba que está agindo mal ao roubar o remédio. Mas saberá que agiu mal depois que for punido e mandado para a cadeia. Você se sentirá sempre culpado por sua desonestidade e por ter infringido a lei.

Na *moralidade pós-convencional*, o critério de julgamento moral é o princípio abstrato, e não a filiação a um grupo. Os indivíduos moralmente autônomos criticam as regras sociais à luz de princípios racionais.

Quinto estágio: A preocupação de manter o respeito dos iguais e da comunidade (admitindo-se que seu respeito tem por base a razão, e não as emoções). A preocupação com o respeito de si mesmo, isto é, para evitar que o eu seja considerado irracional, incoerente e sem objetivos (isso diferencia a culpa institucionalizada do desrespeito da comunidade ou do desrespeito de si mesmo).
Pró – Se você não roubar, perderá o respeito das outras pessoas. Se deixar que sua esposa morra, isso acontecerá porque você tem medo, não por ser uma pessoa sensata. Portanto, você perderá o respeito de si mesmo e, provavelmente, o respeito dos outros também.
Contra – Você perderia seu respeito e reputação dentro da comunidade, e violaria o direito. Perderia o respeito de si mesmo se se deixasse levar pelas emoções e não levasse em conta as perspectivas futuras.

Sexto estágio: Preocupação com a autocondenação por ter violado os próprios princípios (isso diferencia o respeito da comunidade do respeito de si mesmo; diferencia o respeito de si mesmo pela conquista de uma racionalidade geral do respeito de si mesmo pela preservação dos princípios morais).
Pró – Se você não roubar o remédio e deixar que sua mulher morra, passará o resto de sua vida se condenando por ter agido assim. Não seria acusado e aparentemente viveria segundo os princípios da lei, mas não viveria de acordo com seus padrões de consciência.
Contra – Se roubasse o remédio, você não seria acusado pelas outras pessoas, mas iria condenar-se a si próprio por não ter agido segundo sua própria consciência e seus próprios padrões de honestidade.

A teoria dos estágios julga a forma de raciocínio, não o conteúdo. Os estágios mais altos são considerados mais avançados por serem mais adequados formalmente, no sentido de que os critérios que regem os estágios mais altos subordinam os mais baixos, com cada estágio se aproximando mais de uma reciprocidade de transação ideal e do universo de princípios morais e direitos individuais[31]. Se empiricamente demonstrada, a seqüência invariável de estágios imporia firmes limites à arbitratiedade dos princípios morais genuínos. Ao mesmo tempo, esses princípios

31. Kohlberg define um princípio moral como um modo de escolha que é universal, uma regra para escolher aquilo que parece aconselhável que todas as pessoas adotem sempre, em todas as situações.

válidos seriam universais e estabelecidos independentemente de uma concepção substantiva dos objetivos humanos para além da maturação do potencial natural, supostamente genético. O princípio moral de justiça se transforma, assim, numa norma processual de cooperação racional[32].

Ao contrário disso, Gilligan postula a existência de uma voz feminina distinta, uma voz baseada em dilemas semelhantes, e entrevista homens e mulheres[33]. Em particular, entrevistou universitários, analisou outros estudos, feitos no início de sua vida adulta, sobre identidade e desenvolvimento moral, conduziu um estudo da decisão de abortar que enfocava a relação entre experiência, pensamento, o papel do conflito no desenvolvimento, os direitos e responsabilidades, um estudo sobre concepções de moralidade do eu, experiências de conflitos e opções morais[34] e avaliações de dilemas morais hipotéticos. Gilligan conclui:

1. *As mulheres concebem as relações de maneira diferente dos homens.* Enquanto os homens vêem as relações como uma hierarquia, as mulheres as concebem como uma rede. Para os homens, a hierarquia é instável, o que se deseja é chegar ao topo e o que se teme é que alguém consiga chegar muito perto dessa posição elevada. Para as mulheres, a rede é estável, o que se deseja é estar no centro e o que se teme é ficar num ponto muito distante da extremidade. Gilligan argumenta que esses temores e desejos "dão origem a diferentes representações de conquista e filiação, levando a diferentes modos de agir e diferentes modos de avaliar as conseqüências das opções" (1982: 62).

2. O estudo sobre o aborto havia revelado, para as mulheres, uma *linguagem moral específica* de "egoísmo e responsabilidade, que define o problema moral como uma questão de obrigação de cuidar e evitar o sofrimento. Infligir sofrimentos é considerado egoísta e imoral, um reflexo da indiferença, enquanto a expressão do cuidado é tida como a consumação da responsabilidade moral" (1982: 73). As mulheres reconstroem dilemas hipotéticos em termos do real, e freqüentemente solicitam novas informações. Elas tendem a ver a abstração, na discussão hipotética, como uma ameaça de danos através da ignorância das conseqüências sociais de uma decisão. Gilligan afirma que as mulheres vêem o processo de construção de argumentos hipotéticos como um processo de abstração e destruição da vida social real. Portanto, podemos causar danos sociais ao ignorarmos as verdadeiras posições sociais e as redes sociais nas quais se situam as pessoas. A abstração pode ser útil para "extrair o sentido essencial e depurar os princípios objetivos de justiça e para se avaliar a lógica formal de igualdade e reciprocidade", mas não conduz "ao entendimento da causa e da conseqüência, que implica a compaixão e a tolerância que, como muitas vezes se considera, distinguem os juízos morais das mulheres" (*ibid.*: 100).

3. *As mulheres constroem a seu modo os problemas morais*, vendo os dilemas morais em termos de responsabilidades conflitantes. O cuidado é o critério mais importante na solução de conflitos, enquanto os homens vêem os direitos e a justiça como a chave para a solução. *Portanto, as mulheres têm uma ética de cuidados ou responsabilidades, e os homens, uma ética de direitos ou justiça.* Gilligan diz que sua pesquisa demonstra "a centralidade dos conceitos de responsabilidade e cuidado para a construção feminina do domínio moral [e] da íntima relação, no pensamento das mulheres, entre as concepções do eu e da moralidade" (*ibid.*: 105).

4. A concepção do eu e do mundo caracteriza-se, portanto, pela *relação, não pela dominação* e separação. A autodescrição revela a identidade das mulheres e é definida no contexto das relações e avaliada por um padrão de responsabilidade e cuidado: "a masculinidade se define pela separação, enquanto a feminilidade se define pela ligação" (*ibid.*: 7-8) . Uma das participantes das experiências descreve o fato de estar sozinha ou separada como "o som de uma única mão aplaudindo... Falta alguma coisa" (*ibid.*: 160). Ao contrário, as autodescrições masculinas, apesar de mencionarem as ligações, são marcadas por adjetivos de separação.

> O envolvimento com os outros [estava] preso a uma qualidade da individualidade, não a sua realização. Em vez de ligação, a realização individual domina a imaginação masculina, e são as grandes idéias ou as atividades marcantes que definem o padrão de auto-avaliação e sucesso (*ibid.*: 163).

32. A psicologia de Kohlberg se destina em parte a complementar empiricamente as afirmações morais da doutrina do contrato social do modo como o elaboraram Kant e Rawls. Segundo essa concepção, a justiça é uma obrigação para com o contrato que requer imparcialidade na aplicação da lei e o direito dos indivíduos a ser tratados como iguais. A teoria é uma elaborada reformulação contemporânea do argumento liberal que defende a auto-evidência do esquema moral do contrato social. Kohlberg pode então argumentar que a educação moral deve concentrar-se na forma, não no conteúdo, das crenças morais e da ação. A partir da perspectiva do contrato social, isto é, da moralidade do Estágio 5, todos os "conteúdos" ou fins morais são fundamentalmente arbitrários. A obrigação é definida em termos de contrato, como o respeito aos direitos mútuos, em especial o direito de ser tratado como um fim em si próprio, e nunca como um meio para servir aos fins de outra pessoa. A base cognitiva do raciocínio moral é uma capacidade progressiva de perceber os elementos desse pensamento concreto, os atos específicos das pessoas, abstraídos de seu contexto de vida de modo que se concentre na qualidade formal da reciprocidade.

33. Gilligan (1982: 26-39) compara as respostas de Jake, um jovem típico, com as de Amy, uma jovem típica. Jake descreve o dilema moral como um conflito entre o direito à vida e o direito à propriedade; ele diz que o direito à vida é mais importante do que o outro, e conclui que o roubo do remédio pode ser moralmente justificado. Amy parece mais dividida entre roubar o remédio e enfrentar a morte da esposa de Heinz; ela procura caminhos intermediários, como um empréstimo para comprar o remédio, e descreve a questão moral do princípio como a recusa do farmacêutico em chegar a um acordo que permita a Heinz obter o medicamento. Gilligan então afirma que a resposta de Amy ficaria num nível de desenvolvimento moral inferior ao de Jake (uma vez que Amy não viu a questão em termos de um conflito de direitos), mas conclui que a resposta de Amy valoriza a conciliação das relações contínuas e procura entender a inter-relação de todas as pessoas envolvidas na situação.

34. Como geralmente mostram os estudos de brincadeiras de meninos e meninas: em caso de trapaça, os meninos tendem a reclamar dos transgressores e a bani-los do grupo, enquanto as meninas, ao perceberem que nem todos brincam conforme as regras, procuram mudar o jogo e manter a coesão do grupo. Gilligan (1982: 10-1) interpreta isso em termos de exigências contrastantes da estrita aplicação das regras e da manutenção da coesão grupal.

Serão totais esses extremos? O que é o desenvolvimento de uma pessoa, e o que é amadurecimento? Para Gilligan, a verdadeira maturidade para ambos os sexos consistiria em afastar-se dos absolutos aos quais estão associados. Isto é, os homens devem afastar-se dos absolutos dos direitos, da verdade e da eqüidade, e aproximar-se da percepção das diferenças entre o eu e o outro, bem como do reconhecimento de que existem múltiplas verdades. Da mesma forma, as mulheres devem afastar-se do absoluto dos cuidados e admitir uma reivindicação de igualdade e direitos que transforme seu entendimento das relações e sua definição de cuidado.

Para Carol Smart:

> Portanto, a obra de Gilligan constitui a base de uma crítica de qualquer sistema de justiça (criminal e civil) que celebre a voz masculina dos juízos morais como uma forma de justiça universal. Isso pode ser feito de diversas maneiras. Por exemplo, torna-se possível reexaminar o sistema de "justiça" criminal em termos de procurar saber se a aplicação de uma modalidade de julgamento masculina é inerente e necessariamente "injusta" no tratamento que dispensa às mulheres. Coloca-se a questão de saber se as sanções penais com base nessa modalidade masculina (por exemplo, o encarceramento institucional ou as penalidades econômicas) não são demasiado duras quando aplicadas às mulheres, uma vez que provêm de um modo de pensamento concebido para os homens, para os transgressores de seu mesmo sexo. Igualmente, é possível desenvolver um argumento que critique o sistema em termos do tratamento que dispensa tanto aos homens quanto às mulheres. Gilligan está em busca de "uma visão mais fecunda da vida humana". Para ela, a ética da justiça (a de que todos devem ser tratados como iguais) deve ir somar-se à ética do cuidado (a de que não se deve ferir ninguém) para produzir um melhor resultado. Sua conclusão, portanto, é não produzir um sistema separado de justiça para as mulheres, não substituir a ética de justiça pela ética do cuidado (1989: 74).

Smart afirma que, sob certos aspectos, esta é uma conclusão decepcionante, pois cabe a argumentação de que alguns sistemas já alegam fazer isso (por exemplo, a nomeação de mulheres para a magistratura, o funcionamento do juizado de menores com a justiça do menor). Portanto, a obra de Gilligan apenas ressuscita antigos conceitos. Outros argumentam que o livro de Gilligan é essencialista[35] ou reproduz as posições reducionistas que o discurso do homem atribuiu às mulheres. Gilligan, porém, nunca sugeriu que as vozes das mulheres fossem biologicamente determinadas, nem que só se pode encontrá-las nas mulheres. Como ela diz em sua introdução:

> (...) a voz diferente que descrevo se caracteriza não pelo gênero, mas pelo tema. Sua associação com as mulheres é uma observação empírica, e é basicamente através das vozes femininas que desenvolvo minha argumentação. Essa associação não é, contudo, absoluta, e os contrastes entre vozes masculinas e femininas são aqui apresentados de modo que enfatizem uma distinção entre dois modos de pensamento e enfoquem um problema de interpretação, e não que representem uma generalização sobre qualquer dos sexos.

35. Em outras palavras, o modelo de desenvolvimento feminino é um universalismo paralelo ao modelo de desenvolvimento de Kohlberg.

Catherine MacKinnon reage prontamente, afirmando que Gilligan está, na verdade, reforçando a opressão das mulheres; a obra de Gilligan celebra apenas a concepção que se permitiu que as mulheres desenvolvessem:

> Sou crítica em afirmar o que temos sido, que é necessariamente o que se tem permitido que sejamos, como se fôssemos nós, as mulheres, possessivas.
> (...) o modo como as mulheres raciocinam moralmente [não] constitui uma moralidade "numa voz diferente". As mulheres valorizam o cuidado porque os homens nos têm valorizado na medida dos cuidados com que os cercamos... As mulheres pensam em termos relacionais porque nossa existência se define em relação aos homens. Além disso, você não fala diferentemente quando é impotente. Na verdade, você não fala. Seu discurso não é apenas diferentemente articulado, é silenciado. Eliminado, banido. Você não é simplesmente privada de uma linguagem com a qual articular sua diferença, embora ela exista; privam-na também de uma vida que deveria estar na base da articulação... Tudo que estou dizendo é que os danos do sexismo são reais, e que reificá-lo em forma de diferenças é um insulto às nossas possibilidades (1987: 39).

Essa é a crítica oposta ao essencialismo. Para MacKinnon, Gilligan não descreve o que as mulheres realmente são, mas o que elas passaram a ser em decorrência do processo de socialização que lhes foi imposto. Assim, Gilligan descreve, e em seguida reifica, a opressão de gênero. Vista sob essa luz, a obra de Gilligan é reacionária[36]. Não obstante, nos Estados Unidos a aplicação de sua obra com o objetivo de transformar as perspectivas jurídicas – pelo menos nos círculos acadêmicos – tem se mostrado um campo fértil à teorização[37]. Em parte, essa é uma crítica ao direito existente: uma vez que todo o paradigma da filosofia política e moral em que ele se legitima é individualista, a teoria jurídica do constitucionalismo é individualista (Suzanna Sherry, 1986); os debates sobre a tributação progressiva ou cortes de impostos são

36. Joan Williams, em "Deconstructing Gender", 1989 (87 *Michigan Law Review* 797), mostra como Gilligan tem sido usada, em processos judiciais, de modo que prejudique as mulheres. Em *EEOC vs. Sears* 628 F. Supp. 1264 (ND Ill 1986), a Sears argumentou com êxito que as mulheres não estavam entre os mais altos salários por comissões de vendas porque "não se interessavam por vendas", e não porque a Sears as estivesse discriminando. Gilligan foi citada na prova pericial em defesa do argumento da Sears de que as mulheres têm aspirações profissionais diferentes das dos homens, o que as torna menos interessadas em cargos de alto nível. O tribunal aceitou uma imagem muito "gillianesca" das mulheres como nutrizes e protetoras, avessas a virtudes capitalistas como a competição. Joan Williams afirma que Gilligan e outras feministas das esferas cultural e relacional estão simplesmente apresentando sob uma nova forma a ideologia doméstica vitoriana que construiu as mulheres como seres mais protetores, menos competitivos e mais morais do que os homens. Em sua opinião, mesmo no período vitoriano esse conceito das mulheres era visto sob uma luz positiva, mas terminou por levar à sua crescente subordinação.

37. Resenhas dessa obra podem ser encontradas em Katharine T. Bartlett, *Gender and Law* (1993) e Leslie Bender, *From Gender Differences to Feminist Solidarity: Using Carol Gilligan and na Ethic of Care in Law* (1990).

dominados por idéias de separação com poucas noções de responsabilidade social (Kornhauser, 1987); as leis de falência mostram ser um campo de atividade e dominado pelos homens, indiferente aos efeitos de indução à pobreza de sua aplicação (Gross, 1990); ao direito da responsabilidade civil se aplicaria uma noção diferente de responsabilidade e de dano (Bender, 1990)[38]; e a aplicação da "rede de conexão" ao direito constitucional resultaria em maior proteção (Karst, 1984).

Robin West – separação e conexão na teoria jurídica e feminista

Num artigo clássico, Robin West (1988) comparou as duas diferentes perspectivas. West afirmava que os teóricos masculinos do direito mostram uma forma específica de raciocínio porque, primeiro e fundamentalmente, vivenciam o mundo na condição de indivíduos separados, autônomos; tanto a base da teoria jurídica masculina tradicional quanto a da teoria jurídica masculina "crítica" é uma tese de "separação". As mulheres, ao contrário,

> (...) não são essencialmente, necessariamente, inevitavelmente, sempre e por toda a eternidade separadas dos outros seres humanos (...), [mas] são, em certo sentido, "conectadas" à vida e a outros seres humanos pelo menos durante quatro experiências materiais recorrentes e críticas: a experiência da gravidez; a experiência invasiva e "conectiva" da penetração heterossexual, que pode levar à gravidez; a experiência mensal da menstruação, que representa o potencial de gravidez, e a experiência pós-gravidez da amamentação (1988: 2-3).

As mulheres raciocinam a partir de uma "conectividade" que os homens não podem experimentar. Essa contra-experiência das mulheres fornece a base de uma alternativa à teoria jurídica que, através do pressuposto da tese de separação, tornou-se "essencial e irredutivelmente" masculina" (*ibid.*: 2). West desenvolve uma série de esperanças e temores contrastantes através de uma apresentação estilística das posições do liberalismo jurídico, da teoria jurídica crítica, do feminismo cultural e do feminismo radical.

Liberalismo jurídico

O *liberalismo jurídico* pressupõe o individualismo autônomo e toma como seu valor central as idéias de separação e liberdade; a liberdade é definida como a distância do "outro" e como o espaço social para o indivíduo perseguir seus próprios

38. Bender usa a obra de Gilligan tanto como fonte da crítica do direito de responsabilidade civil quanto como fonte de idéias transformadoras. Ela argumenta que uma ética dos "direitos" e da idéia de separação domina a matéria; a responsabilidade civil é em grande parte vista em termos de responsabilidade financeira, e não de responsabilidade pelo cuidado com os outros.

fins[39]. Liberdade e autonomia constituem o "valor oficial" do liberalismo, sua esperança; o medo está na vulnerabilidade da condição humana e no perigo de que o "outro", distinto e separado, possa nos aniquilar[40]. Para proteger-se desse "outro", os seres humanos criam e respeitam o Estado[41]. O pressuposto de base do legalismo liberal é que os seres humanos experimentam o mundo como indivíduos separados, apartados uns dos outros, desde que assim o prefiram: em resultado, o valor colocado sobre todas as coisas é o direito de lutar por nossas vidas relativamente livres de controle externo.

A concepção dos teóricos jurídico-críticos

Para os *teóricos jurídico-críticos*, a separação não é uma "celebração infinita da autonomia, mas sim um eterno anseio pela comunidade, ligação, unificação ou conexão". Os seres humanos não temem verdadeiramente a aniquilação, como o liberalismo afirma, mas sim o isolamento e a alienação[42]. A teoria jurídico-crítica é a "história extra-oficial" da teoria jurídica masculina; em oposição ao enfoque liberal na autonomia, apresenta o indivíduo como se este realmente desejasse o oposto daquilo que a cultura dominante lhe diz que ele deseja. Embora a cultura dominante nos Estados Unidos (o liberalismo) diga que a autonomia é a chave para a felicidade, em seu íntimo o indivíduo sabe que a chave está na conexão e na comunidade. O "valor extra-oficial" da teoria jurídica masculina é a conexão e a comunidade, e o "dano extra-oficial" está na alienação e no isolamento[43]. West afirma que, embora

39. Para West, Ronald Dworkin expressa isso perfeitamente: "O que significa, para o governo, tratar seus cidadãos como iguais? É (...) igual a querer saber o que significa, para o governo, tratar todos os cidadãos como indivíduos livres ou independentes, ou com a mesma dignidade" (Ronald Dworkin, 1985: 191, citado em West, 1988: 6).

40. Desta vez, West retoma o temor expresso por Hobbes: "Se dois homens desejam a mesma coisa que, não obstante, não pode ser desfrutada por ambos, eles se tornam inimigos; e, em nome de seu objetivo, (...) tentam destruir-se ou dominar-se mutuamente" (Thomas Hobbes, *Leviatã*, citado em West, 1988: 8).

41. O "Estado mínimo nos trata como indivíduos inviolados (...) [o que] nos permite, individualmente ou com quem escolhermos, optar pela vida que desejamos e concretizar nossos objetivos (...)" (Robert Nozick, 1974: 333-4, citado em West, 1988: 9).

42. Como afirma Roberto Unger (1975: 201,citado em West, 1988: 10): "A consciência, portanto, é a marca da distância entre o eu e o mundo. Se se pudesse imaginar esse distanciamento da natureza em sua forma pura, antes que fosse contrabalançado pelos efeitos da natureza humana, sua marca seria a experiência do terror diante do estranhamento do mundo. Uma vez que esse terror é o que indicia essa própria separação entre o eu e a natureza, na qual se fundamenta a própria consciência, nunca foi totalmente eliminado da vida consciente."

43. O comentário de West sobre a "contradição fundamental" que Duncan Kennedy encontra na base da vida social enfatiza sua estrutura masculina: "Segundo Kennedy, valorizamos *tanto* a autonomia quanto a relação e tememos *tanto* a aniquilação pelo outro quanto o alheamento dele, e tudo por boas razões. O outro é ao mesmo tempo necessário à continuidade de nossa existência e uma ameaça a tal continuidade. Embora seja verdade que a narrativa liberal dominante da autonomia e aniquilação serve para perpetuar o *status quo*, daí não se segue que os desejos subjetivos de liberdade e segurança que esses valores liberais reificam sejam

as mulheres possam temer a intimidade como destruição de sua personalidade (através de sua estrutura física singular, que as torna sujeitas à invasão do pênis), elas não a temem do mesmo modo que os homens. Assim, ao criticar o liberalismo o movimento dos Estudos Jurídicos Críticos deixou-se apanhar pela mesma armadilha da tese de separação. Inversamente,

> (...) em termos reais ou potenciais, as mulheres são materialmente ligadas a outras vidas humanas. Os homens, não. Esse fato concreto tem conseqüências existenciais. Embora possa ser verdadeiro, para o homem, que o indivíduo é "epistemológica e moralmente anterior à coletividade", isso não é verdadeiro para as mulheres. O potencial de ligação material com o outro define o estado subjetivo, fenomenológico e existencial da mulher, e o faz tão seguramente quanto a inevitabilidade da separação material do outro define o estado existencial do homem. Nosso potencial para a ligação material engendra prazeres e sofrimentos, valores e perigos, atrações e medos, que são totalmente diferentes daqueles que, para o homem, decorrem da necessidade de separação (1988: 14).

Feminismo cultural *versus* feminismo radical

Na busca de um modo de pensamento e moralidade nas experiências de vida das mulheres[44], o feminismo cultural desenvolve a tese da conexão, mas deixa de analisar as condições materiais em que esse desenvolvimento tem lugar. Sua verdade essencial está na conexão, uma verdade que "deveria" ser universal:

> A intimidade não é apenas algo que as mulheres praticam, mas algo que os seres humanos deveriam praticar. A intimidade é uma fonte de valores, não um passatempo privado. É moralidade, não hábito (*ibid.*: 18).

Enquanto o liberalismo fala sobre o medo da aniquilação, as mulheres temem a isolação e a separação; as mulheres quase sempre têm problemas quando um eu separado tem de afirmar-se[45].

inteiramente *falsos*. Ao contrário, argumenta Kennedy, a coletividade é ao mesmo tempo essencial à nossa identidade e um obstáculo a ela. Temos desejos e valores contraditórios porque nossa condição humana essencial – a separação física da coletividade, que é necessária à nossa identidade – é em si mesma contraditória.

44. West define o feminismo cultural em relação a Carol Gilligan (*In a Different Voice*), Nancy Chodorow (*The Reproduction of Mothering* [1978]) e Suzanne Sherry ("Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication" [1986], 72 *Virginia Law Review* 543); Andrea Dworkin (*Intercourse* [1987]), Adrienne Rich (*On Lies, Secrets and Silence* [1979]) e Catherine MacKinnon (*Feminism Unmodified*).

45. Observe-se um contraste com a teoria liberal. Enquanto Hobbes vê o "outro" como um igual que é potencialmente perigoso, o "outro" com o qual as mulheres devem comumente se defrontar – o feto ou a criança – é tudo, menos perigoso e igual. Há uma desigualdade natural entre a mulher e sua criança – que é física, emocional e mentalmente mais frágil do que ela –, mas isso não leva a mulher a agredi-la (como Hobbes imagina que os homens farão); ao contrário, faz surgir nela sentimentos de responsabilidade, cuidados e nutrição. Em resultado: "Os homens reagem ao estado natural de igualdade com uma ética de autonomia e direitos. As mulheres reagem ao estado natural de desigualdade com uma ética de responsabilidade e cuidados" (West, 1988: 28).

As feministas radicais, ao contrário, vêem a tese de conexão como ponto de partida da experiência feminina, porém argumentam que para a mulher é também uma fonte de degradação, impotência, subjugação e miséria. Em sua busca da intimidade, as mulheres realmente vivenciam a invasão e a intrusão; equivocadamente, as feministas culturais caracterizam como conexão e cuidado coisas que na verdade são invasões lesivas aos corpos e mentes femininos[46]. West afirma que cada categoria apresenta descrições radicalmente diferentes da humanidade e da condição da mulher. A importância disso é dupla: (i) as perspectivas do legalismo liberal não falam da humanidade, mas do homem[47]; e (ii) na vida das mulheres há uma verdadeira contradição que resulta das experiências conflitantes de intimidade e invasão[48].

46. Portanto, embora Unger afirme que "o amor ajuda o homem a superar a distinção entre o eu e a natureza" (Unger, *Knowledge and Politics*: 205), o feminismo cultural não admite que as mulheres façam essa mesma distinção. Para West, as mulheres valorizam o amor e a intimidade porque estes exprimem a unidade do eu e da natureza através de nossos próprios eus. "Intimidade não é uma coisa pela qual as mulheres lutem por obter. Simplesmente a praticamos. É ridiculamente fácil. E também fica, desconfio, qualitativamente além dos limites masculinos. A diferença pode ser colocada com total clareza: a intimidade que as mulheres prezam é o compartilhar de um território intersubjetivo que preexiste ao esforço feito para identificá-lo" (West: 1988: 40).

47. "Quando Hobbes, Ackerman, Dworkin, Rawls e outros autores da tradição liberal descrevem o impasse natural humano como um dilema de igualdade natural e antagonismo mútuo, e descrevem os seres humanos como inevitavelmente separados e mutuamente egoístas, desse modo excluindo da espécie, por definição, as mulheres grávidas e as que amamentam, eles estão (...) enganados de um modo particular e por uma razão específica. Gabel confundiu sua experiência masculina de separação e alienação com a experiência 'humana', e os liberais confundiram sua experiência masculina de igualdade natural, separação mútua, medo da aniquilação e egoísmo total e onipresente, com a experiência 'humana', e eles assim o fizeram porque as mulheres não deixaram claro que nossa experiência vivida, do dia-a-dia – de intimidade, ligação, separação, invasão sexual, nutrição e intrusão –, é totalmente diferente da dos homens. Precisamos inundar o mercado com nossas próprias histórias para nos fazermos entender plenamente; a narrativa dos homens e a descrição fenomenológica do direito não são a história e a fenomenologia do direito das mulheres. Precisamos banir a confiança dos teóricos do direito de que falam para as mulheres, e precisamos preencher as lacunas que vão surgir quando conseguirmos fazer isso" (West, 1988: 65).

48. "(...) as mulheres valorizam 'oficialmente' a intimidade (e temem a separação) a despeito dos interesses subjetivos em contrário não (apenas) devido ao poder legitimador da ideologia patriarcal, não (apenas) devido ao poder da negação, mas porque a circunstância existencial e material das mulheres é intrinsecamente contraditória. O potencial de ligação física com outros, que é uma característica exclusiva das mulheres, traz em si as sementes tanto da intimidade quanto da invasão, e, portanto, elas valorizam com razão a primeira e têm medo ou pavor da segunda, assim como a necessidade de separação física, para os homens, traz consigo as sementes tanto da intimidade quanto da alienação, e eles valorizam com razão a primeira e temem a segunda. Se isso estiver certo, então todas as quatro narrativas da experiência humana – legalismo liberal, legalismo crítico, feminismo cultural e feminismo radical – estão dizendo algo de verdadeiro sobre a experiência humana. O liberalismo jurídico e o legalismo crítico descrevem, ambos, algo de verdadeiro sobre a experiência masculina, e o feminismo cultural e o feminismo radical descrevem, ambos, algo de verdadeiro sobre a experiência feminina" (1988: 53).

TEMORES FEMINISTAS E UTOPIA

As distinções de West podem ser muito abruptamente demarcadas; os contrastes em temores e esperanças devem ser reflexos de aspectos dos temores, esperanças e desejos humanos. Cada perspectiva se concentra em uma ou outra das condições humanas, em detrimento das demais. Andrea Dworkin, por exemplo, identifica o valor oficial (a intimidade) do feminismo cultural como um disfarce do dano. A maioria das feministas admitiria que a relação sexual não desejada, o estupro, é um dano, mas as feministas radicais levam sua argumentação muito além disso, freqüentemente apresentando a idéia de que a gravidez e a maternidade constituem danos em si, porque o feto e a criança são intrusivos. Para as feministas radicais, a relação sexual, inclusive a voluntária, é um dano porque "divide internamente uma mulher" – "apropria-se da manutenção da integridade física e da formação de um eu unificado, nega-os e torna-os impossíveis" (West, 1988: 35).

As feministas radicais são divididas entre negar a desumanidade e a alienação do individualismo e afirmar que, como a intimidade constitui um dano, as mulheres anseiam pela individuação. Especificamente, querem libertar as mulheres da colonização de suas mentes pela hegemonia do patriarcalismo. A cultura dominante diz às mulheres que elas prezam a intimidade e a dependência para torná-las mais facilmente controláveis pelos homens; a separação e a independência são as coisas de que realmente precisam, mas isso introduz o risco de se voltar ao liberalismo.

Contrastando a interação do corpo masculino-feminino

De novo, as percepções do corpo são vitais. Na década de 1980, muitas críticas feministas radicais da relação sexual representavam-na em termos de uma profunda invasão da integridade física do eu. O livro *Intercourse*, de Andrea Dworkin, é um dos principais proponentes dessa argumentação:

> (...) Há o contorno de um corpo, distinto, separado, sua integridade uma ilusão, um trágico engano porque, despercebida, há uma fenda por entre as pernas, e ali ele tem de forçar sua entrada. Não há nunca uma verdadeira privacidade do corpo que possa coexistir com a relação sexual: com o ser penetrado. A vagina é musculada, e os músculos devem ser afastados. O impulso é invasão permanente. Ela é aberta, fendida ao meio. Ela é ocupada – fisicamente, internamente, em sua privacidade (...) sua fenda é sinônimo de entrada (...). Por definição, pretende-se que ela tenha uma menor privacidade, uma menor integridade do corpo, um menor sentido do eu (...). Ela é definida pelo modo como é feita, aquela fenda que é sinônimo de entrada; e a relação, o ato fundamental para a existência, tem conseqüências para o seu ser que podem ser intrínsecas, não socialmente impostas (1987: 122-3).

Que dizer, então, do amor? Os textos mais místicos de Luce Irigaray pedem um amálgama de experiências, uma revelação do divino na humanidade através de uma "matriz amorosa" em que a carne humana não seja vista com desconfiança, em que "o desvanecimento do afago" fale de uma celebração da vida numa ética do toque:

> Sendo a carne do outro o mais sutilmente necessário guardião de minha vida. Aproximando-se e falando-me com suas mãos. Devolvendo-me à vida mais intimamente do que qualquer alimento regenerador, as mãos do outro, essas palmas com as quais ele se aproxima sem me atravessar, fazem-me remontar aos limites do meu corpo e me chamam de volta à lembrança da mais profunda intimidade. Quando ele me acaricia, não me pede que desapareça nem que esqueça, mas sim que eu me lembre do lugar em que, para mim, a vida mais íntima se conserva em segredo. Em busca do que ainda não veio a ser, para ele próprio, ele me convida a tornar-me o que ainda não me tornei. A conceber um nascimento ainda futuro. Fazendo-me voltar ao útero materno e, mais além ainda, à concepção, despertando-me para outro – amoroso – nascimento (Irigaray, 1986: 232-3).

A identidade do corpo feminino se perdeu na demarcação do papel de mãe a partir do objeto de desejo do amante. Na emancipação do corpo, para Irigaray, este não é o território nem daquele que deu à mulher seu corpo (a mãe), nem daquele que pede que ele vá juntar-se ao seu (o amante); ao contrário, a união denota a busca de um "momento de suprema comunhão", uma volta ao "nível mais profundo do fluxo elementar, onde o nascimento ainda não tem sua identidade confirmada" (*ibid.*: 234).

A vida dança com a morte, mas a morte não é mantida à distância por meio da (legítima) dominação do outro, nem pela determinação do outro (pela demarcação de limites), mas pelo constante renascer. A carícia remete a um "advento futuro que não se mensura pela transcendência da morte, mas pela exortação ao nascimento do eu e do outro (...). Antes de qualquer procriação, os amantes dão vida um ao outro. Por sua vez, o amor fecunda cada um deles (...), leva cada um deles a renascer para o outro (...)" (*ibid.*: 232, 235).

Além da diferença: feminismo como humanismo?

A metodologia utópica de Drucilla Cornell é um "feminismo ético" no qual lutar pelo feminino significa também imaginar uma nova estrutura para a humanidade para além da dominação:

> O feminismo ético "prefigura" não apenas um mundo em que o ponto de vista do feminino é apreciado; o feminismo ético também "vê" um mundo "povoado" por indivíduos "sexuados" de modo diverso, um mundo para além da castração. Através de nossas "visões", afirmamos o "dever-ser" de uma maneira diferente de ser humano. O "objetivo" do feminismo ético, que "vê" e "deve ser" inerente ao ponto de vista feminino, não é apenas o poder para as mulheres, mas a redefinição de todos os nossos concei-

tos fundamentais, inclusive o poder. Em outras palavras, o poder feminino não deve ser separado da visão ética, diferente, de "seres" humanos buscados no feminino, entendida como um processo de redenção (1991: 131).

SUBJETIVIDADES MÚLTIPLAS: O IMPACTO DO FEMINISMO AFRO-AMERICANO OU DE CRÍTICA RACIAL[49]

Aquele homem ali diz que as mulheres precisam ser ajudadas a subir em carruagens e a transpor poças d'água, e que devem ter sempre os melhores lugares, onde quer que estejam. Ninguém nunca me ajuda a subir em carruagens ou a saltar poças de lama, nem me dá o melhor lugar! E por acaso não sou uma mulher? Olhem para mim! Tenho arado a terra, plantado e vivido em celeiros, e nenhum homem me levou pela mão até hoje! E não sou uma mulher? Eu podia trabalhar e comer igual um homem – se tivesse o que comer –, além de suportar o chicote tanto quanto ele! Pari treze filhos, vi quase todos ser vendidos como escravos e, quando chorei pela aflição de minha mãe, ninguém, a não ser Jesus, me ouviu! E não sou uma mulher? (Discurso de Sojourner Truth, 1851, citado em Bartlett e Kennedy, 1991: 256)[50].

Uma ideologia feminista negra (...) declara a visibilidade das mulheres negras... Em segundo lugar, o feminismo negro afirma que a autodeterminação é essencial. As mulheres negras têm o direito de interpretar nossa realidade e definir nossos objetivos. Em terceiro lugar, uma ideologia feminista negra contesta em profundidade a interestrutura das opressões do racismo, do sexismo e do classismo, tanto na sociedade dominante quanto dentro dos movimentos de libertação. Por último, uma ideologia feminista negra pressupõe uma imagem das mulheres negras como sujeitos poderosos e independentes (Deborah K. King, citada em Jewell, 1993).

49. É inclusive polêmico falar sobre feminismo negro. Embora mulheres negras como Maria Stewart, Sojourner Truth e Anna J. Cooper (que discutiu o ponto de vista da mulher negra em seu livro *A Voice from the South by a Black Woman of the South*, de 1982) oferecessem uma perspectiva das mulheres negras, em geral elas apresentavam uma argumentação a favor de toda a raça (uma vez que "um regato não pode ser superior à sua fonte"); o feminismo negro autoconsciente é relativamente recente. Frances Beale (1970) cunhou a expressão "duplo risco" para definir a condição de ser ao mesmo tempo mulher e negra. Alice Walker prefere o termo *womanism**, definido como um compromisso com "a sobrevivência e a integridade de todas as pessoas, homens ou mulheres (...)".

50. A presença de Sojourner Truth na Akron Convention on Woman's Suffrage, em 1851, foi contestada por várias colegas de Frances Gage, organizadora do evento. Gage relata que o conselho que recebeu foi bem simples: "Não permita que ela fale, sra. Gage, pois isso será o nosso fim. Para todos os jornais locais, nossa causa estará misturada com a questão da abolição e dos negros, e seremos denunciadas por isso" (citado em Linda Ammons, 1995: 1041).

* O termo, sem correspondente em português e criado por Walker em seu livro *In Search of Our Mothers' Garden*, de 1983, define o feminismo negro que retoma o legado das mulheres afro-americanas, corajosas, fortes e audaciosas, que lutam pela libertação do povo negro e, por extensão, do resto da humanidade. Para Walker, o termo *feminism* é inadequado por sua excessiva identificação com um movimento predominantemente branco. Portanto, *womanism* é diferente e superior a *feminism*, e a diferença provém das diferenças históricas entre mulheres brancas e negras no contexto do racismo norte-americano. O *womanism*, por exemplo, admite incondicionalmente que a mulher/pessoa seja lésbica, heterossexual, homossexual ou bissexual. (N. do T.)

O discurso das mulheres negras (particularmente das norte-americanas) foi originalmente uma tradição oral, e mais recentemente tem alimentado uma tradição literária, poética e musical (o *blues*, o *jazz*). Hoje, o feminismo negro retoma conscientemente a tradição narrativa enquanto se diferencia do "feminismo em geral"[51]. Embora uma tendência da consciência negra possa significar uma volta à pureza – uma tentativa de encontrar uma identidade estável que seja intocada pelo legado da colonização, da dominação e do discurso da inferioridade, uma outra produção acadêmica, talvez pós-moderna, nega os universalismos (por exemplo, Harris, Angela P., 1990), prega a especificidade e a singularidade ao mesmo tempo que enfatiza os interesses comuns no contexto das diferenças da humanidade[52].

Há muitos temas, mas um deles é um movimento que pretende resgatar um eu proveniente das estruturas da escravidão e da múltipla opressão. Como diz Bell Hooks (1990, 1991): "(...) nenhuma mulher negra pode tornar-se uma intelectual sem descolonizar sua mente". Como funciona essa descolonização? Vejamos o que diz Judy Scales-Trent:

> Outro ato de capacitação consistiu em assumir a tarefa de definir meu grupo, de dar nome a mim mesma. Nomear-se, definir-se e, desse modo, assumir o poder de definir a despeito daqueles que exercem poder sobre você, é um importante ato de capacitação (...). Portanto, o ato de autodefinir-se deixa claro nosso valor e nossos direitos, e expõe a visão que temos de nós mesmas como algo a ser levado em conta (citado em Jewell, 1993: 103).

Ou, nas famosas palavras do poeta norte-americano negro Audre Lorde, a mulher afro-americana, herdeira de uma tradição em que seus antepassados foram escravos, deve não apenas criar mensagens e modos positivos de articular a situação em que as mulheres negras se encontram, mas também desenvolver outras formas de apoio que permitam um certo grau de auto-suficiência e independência: *porque as ferramentas do senhor jamais derrubarão a sua própria casa*[53]. Por mais que a lingua-

51. *Atenção*: para a produção acadêmica feminista, o padrão tem sido o de que suas análises tendiam a refletir as experiências das norte-americanas brancas de classe média e de outras mulheres de países do Ocidente europeu. Embora argumentassem que a cultura tradicional universalizava a partir de perspectivas limitadas, seu próprio saber era igualmente limitado. Contudo, o feminismo adquiriu consciência de que as vozes deixadas à margem do discurso principal da modernidade não têm sido apenas das mulheres, mas também de muitos grupos sociais que eram percebidos como "o outro" pelo pensamento dominante. O feminismo, porém, ainda é em grande parte uma busca de mulheres brancas de classe média.

52. Como diz Audre Lorde, as diferenças entre as feministas norte-americanas brancas e negras talvez tenham a ver com diferenças reais de posição na vida: "Alguns problemas nós compartilhamos enquanto mulheres, outros não. Vocês têm medo de que seus filhos cresçam, juntem-se ao patriarcalismo e se coloquem contra vocês; nós temos medo de que nossos filhos sejam arrancados de um carro e baleados na rua, e vocês vão ignorar as razões pelas quais eles estão sendo mortos" (1984: 119).

53. "*Porque as ferramentas do senhor jamais derrubarão sua própria casa*. Eles podem permitir, temporariamente, que os vençamos em seu próprio jogo, mas jamais permitirão que façamos uma verdadeira mudança. E esse fato só é ameaçador para aquelas mulheres que ainda definem a casa do senhor como sua única fonte de sustento" (Audre Lorde, 1981: 99).

gem e o imaginário tradicionais das escritoras feministas negras diga respeito à dor e ao sofrimento – compreensivelmente, uma vez que sua realidade histórica (mesmo quando contada por homens brancos[54]) tem sido freqüentemente um inferno em vida –, será que isso condena sua tradição a pertencer à narrativa de vitimização?[55] A uma poesia dos oprimidos? Audre Lorde (1984) compara o medo tradicional das elites da rica linguagem associativa e musical da poesia com seu medo da pele escura, da fêmea, das trevas, do escuro do "outro". Lorde argumenta que a produção acadêmica negra só pode funcionar como análise significativa se encontrar, nas experiências das mulheres negras, fontes de sabedoria e não meros exemplos de vitimização[56].

Patricia J. Williams apresenta, em *The Alchemy of Race and Rights: A Diary of a Law Professor*, uma vigorosa série de ensaios que misturam *insights* obtidos pela experiência pessoal, pela produção jurídico-acadêmica e por vôos de alegoria e metáfora. Williams situa sua mensagem através da evocação narrativa. Ao colocar a (sua) subjetividade como *locus* de múltiplas forças e mensagens culturais, seu eu quase se dissolve; as guerras sobre identidade não se destinam exatamente aos seminários acadêmicos, e a luta pelo reconhecimento é social, racial e pessoal[57]. Embora Williams

54. Como o mercador de escravos John Newton (1962) recordou em seu livro *The Journal of a Slave Trader* 1750-1754: "Quando mulheres e meninas eram trazidas para o navio, nuas, trêmulas e aterrorizadas, talvez quase mortas de frio, cansaço e fome, eram quase freqüentemente expostas às libertinagens de selvagens brancos. As infelizes não entendiam a língua em que lhes falavam, mas os olhares e modos dos que lhes falavam eram perfeitamente compreensíveis. Na imaginação, a presa é imediatamente compartilhada, e o que dela se reserva espera apenas por uma nova oportunidade de uso. Onde a resistência ou a recusa seriam totalmente inúteis, até mesmo a solicitação de consentimento raramente é objeto de cogitação."

55. "O leilão começava – e ali estavam as meninas,
Indefesas em sua desgraça,
Cujos soluços reprimidos, de profundo desespero,
Mostravam sua aflição e angústia.
E as mães ali, com os olhos cheios de lágrimas,
Assistiam à venda de suas filhas queridas;
Ignorados, seus gritos fendiam os ares
Enquanto os tiranos as barganhavam por ouro" (Ellen Watkins Harper, excerto de *The Slave Auction* [O leilão de escravos], 1857).

56. Para uma ampla e detalhada apresentação do imaginário e da posição social das mulheres negras, e de como isso tem impacto sobre um campo específico do direito vivo, ver Linda Ammos, "Mules, Madonnas, Babies, Bathwater, Racial Imagery and Stereotypes: The African-American Woman and the Battered Woman Syndrome", *Wisconsin Law Review*, 1995, 5.

57. Uma das táticas principais da escrita feminista tem consistido em instilar vida nova à narrativa, como forma de produção acadêmica. Nas mãos de Patricia J. Williams, a narrativa é usada para dar-lhe consciência do eu que forma a base do "caráter" que irá configurar os escritos de teoria jurídica. Seus temas remetem à dificuldade de adquirir uma consciência coerente do eu em um mundo pós-moderno desarticulado, em especial para os negros que contam com o legado do discurso dos brancos para a construção de suas identidades. "Há momentos, em minha vida, em que me sinto como se uma parte de mim estivesse faltando. Há dias em que me sinto tão invisível que nem consigo me lembrar em que dia da semana estamos, quando me sinto tão manipulada que nem consigo me lembrar do meu próprio nome, em que me sinto tão furiosa que não sou capaz de dizer uma boa palavra às pessoas que mais me amam. É nessas horas que vislumbro minha imagem refletida nas vitrines das lojas e me surpreendo ao ver ali uma pessoa inteira olhando para trás. É nessas horas que minha pele fica viscosa como a argila, e meu nariz desliza pelo meu rosto, e meus olhos descem em gotas até o meu queixo. Nessas horas, preciso fechar os olhos e me lembrar de mim mesma, criar uma imagem que seja suave e inteira; quando tudo o mais me falta, pego um espelho e fico a olhar para mim até que os traços se reagrupem como ovelhas desgarradas."

exija que o leitor questione todas as abstrações das reificações do direito, sua obra é também um ensaio de alegria diante das promessas do direito. Em particular, ela faz a crônica da esperança que os negros têm demonstrado nos direitos.

> No sistema jurídico, os direitos são ilhas de capacitação. Não ter direitos significa não estar capacitado, e a linha divisória entre direitos e não-direitos é quase sempre a linha que separa dominadores de opressores. Os direitos contêm imagens de poder, e a manipulação lingüística ou visual dessas imagens é central à criação e manutenção desses poderes.

Da parte dos negros, a percepção da capacidade dos direitos demonstra uma crença e uma esperança quase religiosas no potencial dos direitos existentes em ajudá-los em sua situação:

> É preciso lembrar que, da perspectiva da vivência dos negros, não existia nenhum direito dos escravos. O sistema jurídico não dava aos negros, mesmo aos libertos, nenhuma expectativa, promessa ou segurança. Se considerarmos que os direitos emanam da história "jurídica" dos escravos ou da história das modernas estruturas jurídicas burguesas, é evidente que os direitos não significam nada, pois em nenhum dos casos os negros podiam contar com absolutamente nada... Uma vez que a experiência pessoal de alguém tem raízes não no sentimento de ser ilegítimo, mas no fato de ser ilegítimo, de ser estuprado, e no medo de ser assassinado, faz sentido a adesão dos negros a um esquema de direitos positivos e negativos – ao eu, à santidade dos próprios limites pessoais (1991: 154).

O que nos oferece a leitura de Williams? Talvez, uma sensibilidade diante da dor, da diferença – uma esperança em um mundo mais aberto –, de um tipo de sentimento mágico; uma consciência da complexidade do sentido nas relações sociais; uma apreciação da realidade da hegemonia e da reificação. Junto com Lourdes Teodoro (*Água-marinha ou tempo sem palavra*, excerto de *The Generation of Fear*, tradução inglesa de Iain Bruce, 1978), os escritores negros falam de

> quão difícil tornou-se ser,
> mas foi sempre difícil ser em vão.

FEMINISMO PÓS-MODERNO

Em parte, o pós-modernismo consiste na dificuldade de aceitar qualquer posição estabelecida, qualquer afirmação de essências e a identidade como única respos-

ta. As mulheres não formam um grupo homogêneo, como deixam claro os argumentos conflitantes do feminismo radical e cultural. O feminismo é um conjunto vago de discursos e práticas, razão pela qual qualquer metateoria se torna impossível. Em cada argumento feminista diferente podemos encontrar diferentes iluminações da condição humana.

O(s) movimento(s) feminista(s) não originou (originaram) uma perspectiva dominante, e existem muitas interpretações diferentes. Alguns aspectos não fugiram a alguns dos problemas que julgam encontrar nas teorias tradicionais. Em parte, as feministas reproduziram as tendências universalizadoras que abominam na tradição. Elas também foram demasiado rápidas em seu tratamento da tradição. Ao mesmo tempo, é possível que entre os pressupostos e as posições retóricas particulares que passaram a dominar existam muitas perspectivas e posições criadas por homens, e que somente algumas delas possam ser vistas como objetivos dignos das feministas. As feministas têm de reconhecer sua própria inserção, sua contextualidade. Apesar de afirmarem que as perspectivas tradicionais não se mostraram à altura de seu contexto histórico específico, as feministas quase sempre deixaram de fazer essa crítica em relação a si próprias. A preocupação pós-moderna com a reflexividade leva à auto-avaliação constante e complica todas as tentativas de definir uma identidade essencial – o sujeito não é uma entidade racional transparente, capaz de organizar e atribuir um conjunto de significados homogêneos ao campo de sua luta. Muitas feministas acreditam que, se não perceberem as mulheres como uma entidade coerente, a criação de um movimento feminista coerente tornar-se-á impossível. Contudo, a pós-modernidade nos estimula a pensar em termos de relações sociais variadas e de uma multiplicidade de esferas sociais em que existem muitos obstáculos e oportunidades de fomentar a liberdade e o tratamento do eu e do outro como iguais. A condição pós-moderna exige que as mulheres abandonem qualquer pretensa entidade e homogeneidade ao darem sua resposta à "questão da mulher" e se dediquem a analisar e mediar uma multiplicidade de relações de subordinação, transformando a opressão numa afirmação das possibilidades e oportunidades da vida.

Se, nos últimos anos, a filosofia do direito feminista pareceu perder a direção – assim como o feminismo em geral –, isso é um reflexo de um processo através do qual, uma vez reconhecida a multiplicidade das subjetividades, fica muito difícil contar uma única história. O que nos reserva o futuro? Parte do dilema implica rejeitar ou regenerar os processos da modernidade. Os que querem rejeitar o processo da modernidade dizem que ele se tornou uma impostura, que permitiu a dominação sobre a verdadeira liberdade, que destruiu, em vez de criar, o livre, o justo, o bem. Os que desejam a modernidade revigorada dizem que isso é em parte correto – houve apenas uma modernidade incompleta. Essas pessoas nos pedem, porém, que aproveitemos o momento e tentemos, de todas as maneiras possíveis, desempenhar um papel na construção de uma civilização verdadeiramente humana da qual as mulheres foram tradicionalmente excluídas em nome da não-razão, e as minorias étnicas em

nome da não-civilização. Em suas melhores formas, o feminismo fala à política do "outro", ou daquele que o direito freqüentemente serviu para constranger e condenar ao silêncio. A questão que se coloca é a luta por aquela humanidade que se encontra para além do passado que nós fomos, e que ainda está por desenvolver num futuro que poderia ser. Nesse sentido, seja o que for que pensemos sobre qualquer pensadora feminista, o feminismo atua como uma exigência de considerar quem somos, e qual seria um "nós" verdadeiramente social; ele nos pede que nunca deixemos de levar em conta o que é que pode unificar e embasar nossas verdadeiras diferenças.

Capítulo 18

Observações finais

ou reflexões sobre as tentações da filosofia do direito na pós-modernidade

> Estou de pé na plataforma do bonde e absolutamente inseguro quanto a minha posição neste mundo, nesta cidade, na minha família. Seria incapaz de expressar, ainda que vagamente, alguma afirmação, em algum sentido. Nem mesmo sei como justificar o fato de estar aqui nesta plataforma, agarrado à alça desta valise, deixando-me levar por este bonde; são-me estranhas, também, estas pessoas que descem do bonde e se põem a andar calmamente ou ficam olhando as vitrines das lojas. Na verdade, ninguém me pede para justificar coisa alguma, mas isso é irrelevante (Franz Kafka, "On the Tram" [No bonde], em *The Collected Short Stories of Franz Kafka*, 1988: 388).

> O direito também partilha da incerteza radical do resto da existência, da necessidade de rígidos padrões externos. Mas é também um modo especial de viver em tais condições, uma maneira de criar padrões internos a partir de nossa experiência, à medida que nos vamos fazendo através de nosso discurso. O direito é, na verdade, um método de crítica cultural e de transformação cultural, assim como também representa preservação cultural (...). O direito é multívoco em sua estrutura, sempre convidando a novas e contrastantes narrativas e linguagens (James Boyd White, 1986: 1386).

FIM DE JOGO: A AMBIGÜIDADE DO PÓS-MODERNO?

Este texto começou com reflexões sobre a complexidade decorrente do fazer perguntas gerais sobre a natureza do direito. Na seqüência, conduziu a narrativa desde as origens até o presente, passando por interpretações de textos de teoria jurídica da Grécia clássica. Não é fácil concluir; a consumação da viagem é simplesmente o contexto de nossos tempos – um período que muitos comentaristas vieram a chamar de pós-modernidade. Não é fácil descrever ou definir esse conceito; talvez estejamos demasiado envolvidos na complexidade e confusão do presente para podermos definir, com certeza, seus principais processos e estruturas[1]. O que fica claro é que nos-

1. O que é pós-modernidade? Para a maioria dos comentaristas, é evidente que os últimos trinta anos introduziram mudanças radicais na ordem social. Para descrever essas mudanças, os teóricos sociais criaram vários rótulos, inclusive sociedade da mídia, sociedade do espetáculo, sociedade de consumo, sociedade burocrática do consumo controlado, sociedade pós-industrial, sociedade globalizada, sociedade do capitalismo mundial avançado, ordem de informação pós-capitalista e, por último, o rótulo que se tornou dominante:

sas considerações sobre o direito refletem as ambigüidades, esperanças, confusões e temores da condição pós-moderna. Por exemplo, a dialética entre o medo dos efeitos alienadores do direito, que caracteriza o movimento CLS, e o orgulho pelo direito que é demonstrado por Ronald Dworkin, reproduz-se diariamente entre aqueles que vêem o efeito da globalização como um enredamento dos países emergentes nas malhas da dominação jurídica (ocidental) e aqueles que vêem, na globalização, a difusão de uma cultura jurídica dos direitos humanos, da igualdade, da oportunidade e da abertura de projetos de vida individuais a novos sujeitos. Outros, porém, chamam a atenção para a ascensão das "economias dos Tigres Asiáticos", que combinam capitalismo com tradições sociais de patriarcalismo e relativo autoritarismo, e temem que na nova ordem econômica mundial, com os benefícios do liberalismo jurídico ocidental cada vez mais criticados, surja um novo fascismo. Os comentaristas não chegam a um consenso nem sobre a saúde da ordem mundial – será uma enorme confusão ou estaremos atravessando a melhor época para se estar vivo na história do mundo –, nem sobre as perspectivas de ordem social – o Estado-nação será hoje redundante, e precisaremos de uma nova ordem mundial e de um novo direito internacional? Embora os críticos realistas chamem a atenção para os recordes de pobreza absoluta[2], outros (por exemplo, Richard Rorty, 1989) assinalam que nunca antes tantas pessoas pareceram preocupar-se tanto com as vidas de outras, nem dispuseram de tecnologias que lhes permitissem tomar conhecimento dessas vidas. Sem dúvida, a filosofia jurídica jamais voltará a ser – pelo menos com boa consciência – um estudo abstrato de modelos filosóficos. Seu objetivo é a sabedoria diante da natureza e dos efeitos do direito. Ocorrem-nos, porém, as esperanças de Hegel e sua afirmação de que a sabedoria só chegará quando a atividade humana tiver cessado; deverá ser assim? Talvez mais do que nunca, hoje parece ser esse

pós-modernismo. Alguns autores importantes são responsáveis pela criação deste termos, dentre os quais Jean-François Lyotard (1984) que, num famoso livro intitulado *The Post-Modern Condition* [*La condition postmoderne*], cunhou o termo "pós-moderno" para representar as mudanças no nível da ciência e da tecnologia, sobretudo o desenvolvimento dos computadores, da comunicação de massa e da importância cada vez maior da linguagem nos estudos sociais e culturais. Para outros autores, a pós-modernidade tem também muitas outras características: o sentimento de extrema ambivalência diante das esperanças e estruturas sociais dos últimos duzentos anos, a nostalgia, o relativismo cultural, o convencionalismo moral, o ceticismo e o pragmatismo, uma dialética do localismo em meio ao globalismo, a ambivalência diante da atividade política organizada e baseada em princípios e uma desconfiança de todas as formas de fundamentos éticos ou antropológicos. Acima de tudo, como sugerem alguns críticos (como Eagleton, 1996), é o sentimento de fracasso e profunda confusão quanto aos rumos a tomar, tanto no nível pessoal quanto em termos do desenvolvimento de projetos sociais que visem à criação de uma sociedade justa.

2. Como afirmou Jacques Derrida (1994: 85) em sua defesa da necessidade contínua de uma tradição de racionalidade crítica: "Em vez de cantar a idéia do advento da democracia liberal e do mercado capitalista na euforia do fim da história, em vez de celebrar o "fim das ideologias" e o fim dos grandes discursos de emancipação, não nos esqueçamos nunca deste óbvio fato macroscópico, criado à custa de um sofrimento infinito: nenhum grau de progresso nos permite ignorar que, em termos absolutos, nunca antes, no mundo, tantos homens, mulheres e crianças morreram de fome, foram subjugados ou exterminados."

o caso. A diversidade de modos de abordar o direito – modos que também servem para constituir seu domínio de estudo – tornam impossível uma definição estável do direito. O direito tornou-se, por exemplo, uma manifestação cultural vital – sua linguagem intervém nas próprias formas de construção social que sustenta –, e sua instrumentalidade não pode ser reduzida à mera facilitação de interesses políticos ou econômicos, nem à satisfação de desejos, uma vez que sua função expressiva não é mera ideologia. O direito sanciona formas de vida – e ao fazê-lo, vai das zonas auto-reguladoras de privacidade prescritas no liberalismo clássico de John Stuart Mill àquelas do mundo estruturado da sociedade islâmica fundamentalista. Stanley Fish (1991) afirmou certa vez que "o direito aspira a uma existência formal", com o que queria dizer que o direito deseja ser distinto, e não apenas uma coisa a mais, e que também deseja que sua existência autônoma seja autodeclaratória caso sua autonomia – sua "integridade", talvez – se veja comprometida. O projeto do positivismo jurídico buscou proteger a auto-suficiência formal do direito contra a moralidade, mas ao fazê-lo transformou o direito empírico no servo amoral das forças sociais. No contexto pós-moderno, a singularidade do direito decorre mais de sua versatilidade e da ilimitabilidade nas formas sociais que estrutura do que de sua pureza. Como James Boyd White – um dos proponentes de um "movimento do direito e das humanidades – afirma na segunda citação que inicia este capítulo, o direito não tem como deixar de partilhar da incerteza radical da vida (pós-moderna), e sua estrutura multívoca inscreve-o em muitas narrativas e linguagens contrastantes. A flexibilidade do direito enreda-o na dialética pós-moderna da multidirecionabilidade, contra a performatividade sem rumo. Franz Kafka pode nos oferecer um testemunho apropriado dos elementos da pós-modernidade com os quais concluir este livro.

Franz Kafka como narrador do pós-moderno

> (...) Ninguém, absolutamente ninguém, pode indicar o caminho para a Índia. Já naquela época os portões da Índia eram inalcançáveis, mas a espada do rei indicava seu caminho. Hoje, os portões foram transferidos para lugares muito mais remotos e mais altos; ninguém indica o caminho; muitos levam espadas, mas só para brandi-las, e o olho que tenta segui-las se confunde (Kafka, "The New Advocate" [O novo advogado, 1988: 415]).

No texto fundador da modernidade, o *Leviatã* de Hobbes, o direito é a espada do soberano que zela por nós e dentro de cujos domínios podemos perseguir nossos legítimos desejos. Com o tempo, a idéia de progresso social juntou-se à do direito, de modo que este passou a ser visto como um instrumento que nos conduziria à terra e ao tempo de nossa felicidade. O direito seria o fiador da modernidade, seguro em seus desígnios, o instrumento do poder racional. Contudo, escrevendo numa época que deveria estar impregnada das esperanças da modernidade organizada, o escritor "centro-europeu judeu" Franz Kafka retratou uma condição existencial de extrema

ambivalência[3]. Muitos levavam espadas, mas "só para brandi-las"; o direito parecia ter perdido sua racionalidade; como se poderia acreditar num padrão de coerência ou num objetivo social comum? Os discursos dominantes falavam da criação, ao longo de lutas históricas e da concessão de direitos legais, de um sujeito moderno que estava sendo incorporado – por um processo de assimilação – às práticas da modernidade organizada, estruturada. Porém, em vez de contentamento e satisfação racionais, Kafka expõe sentimentos de suspensão e ambigüidade pessoais[4]. Nos contos de Kafka, o sujeito é forçado a viver uma situação de contingência e escolha; ansiando por uma vida de paz relativa e de contentamento numa ordem social socialmente justa e aceitável, o sujeito só encontra um terreno movediço em que muito pouco faz sentido, enquanto há pouco espaço para o repouso e tempo insuficiente para se conseguir a certeza. Os personagens de Kafka tornam-se cada vez mais confusos e desnorteados à medida que tentam afirmar a verdade de seu contexto social e a essência das instituições que os cercam e posicionam. Nesse mundo incerto, nem o direito nem seu legado cultural oferecem certeza alguma[5]. Nós, iniciados nos diversos horrores do século XX, sabemos disso muito bem. Na trajetória que levou ao Holocausto, a subjetividade legal dos judeus alemães – sua cidadania – foi-lhes tirada por lei. O que fora dado pela lei podia ser por ela retirado. Haveria então, à luz dos excessos da modernidade, alguma base legítima, alguma verdade em nossa aceitação das criações da modernidade?[6] E, se não houvesse, o que deveríamos fazer? Surgem diferentes respostas ou, mais apropriadamente, talvez, diferentes tentações.

3. Uso a expressão "judeu centro-europeu" em reconhecimento à condição reproduzida por Kafka: a de um indivíduo a quem se pede que esteja em casa a qualquer momento e em toda parte, mas que não consegue se sentir seguro em parte alguma. Os textos de Kafka refletem seu próprio ser, em particular a uma condição apátrida extra-histórica, uma condição cuja localização não se dá dentro dos limites tradicionais de tempo e espaço – uma identidade sociocultural particular, como a define Zimmermann: "Ele não era checo nem alemão. Esse fato, através da subtração e do silogismo implacáveis da política de Praga, fez dele um judeu" (citado em Bauman, 1991: 180, de onde extraí meu modo de entender a situação pessoal de Kafka).

4. Em parte, Kafka estava relatando aspectos do ser judeu (muitos já afirmaram que a essência do ser judeu é aquela de um estranhamento ou deslocamento permanentes), mas a história da identidade judaica na modernidade centro-européia organizada assemelha-se cada vez mais à de um precursor da identidade do sujeito da condição pós-moderna.

5. Veja-se, por exemplo, a questão da linguagem. Kafka escrevia e falava em alemão. Sua participação nessa comunidade lingüística não lhe deu nenhum sentimento de identidade estável; ao contrário, tratava-se de uma tecnologia.

6. A experiência dos judeus alemães (e de outros judeus europeus que caíram nas mãos dos nazistas) aponta para a possibilidade onipresente do colapso das "liberdades" que a modernidade havia criado. Em *Long I Have Looked for the Truth* (contido em Bertolt Brecht, 1980), o poeta judeu alemão Bertolt Brecht afirma que havia muito tempo estava à procura da verdade da vida social do homem, uma vida que é incerta, confusa e difícil de entender. Contudo, lutou por dizê-la quando a encontrou. Os nazistas, porém, chegaram e fuzilaram os pobres e os que se empenhavam em dizer as verdades difíceis. Como afirma Brecht, os nazistas privaram as pessoas tanto da "verdade" quanto dos confortos materiais:

Primeira tentação: aceitar o relativismo radical e a negação de quaisquer respostas significativas à questão da essência

Um dos temas que preocupavam Kafka era a busca da verdade do direito. Em *The Problem of Our Laws* [O problema de nosso direito], Kafka (1979) descreve uma comunidade governada por uma nobreza muito dissimulada e tradicionalmente legítima que afirma ter acesso exclusivo ao conhecimento do direito e de suas obrigações. A nobreza também trata de garantir que todos os outros grupos sociais continuem a ignorar a verdade do direito. Essa nobreza alcança o domínio sobre "as pessoas comuns" por considerar que a tradição determinou que somente a ela caberia conhecer o segredo do direito e administrá-lo com justiça e sem interesses pessoais: "os nobres ficam acima da lei, e parece ser este, exatamente, o motivo pelo qual o direito foi colocado exclusivamente em suas mãos" (1979: 128). Com sua pretensão à integridade, a nobreza contrasta com a aparente subjetividade de todos os outros grupos sociais, que têm seus projetos específicos a desenvolver. Somente o isolamento da nobreza pode garantir que ela não abusará da "verdade". Paradoxalmente, porém, essa pretensão é circular: a nobreza é aceita como manifestamente neutra exatamente por deter o controle do direito.

Kafka situa os sujeitos de seu conto num dilema sutil: o estado de direito é dado por certo, mas em termos práticos isso significa que o domínio da nobreza é inquestionável. Uma vez que o segredo do direito só é conhecido pela nobreza, só eles podem alegar saber o que é preciso fazer e, na verdade, o que deve ser feito; a população – como admitiu Hart (1961) – só precisa, em última instância, confiar na integridade com que as autoridades desempenham sua tarefa. (É tentador substituir a nobreza de Kafka por "especialistas", obtendo a imagem de dominação numa modernidade supostamente racional fundada sobre a mais profunda irracionalidade.) Contudo, uma dúvida irônica se insinua nessa situação que, sob outros aspectos, está acima de qualquer possibilidade de falha. Se o direito só é conhecido pela nobreza, e se necessariamente todos os demais ignoram sua forma essencial, então talvez realmente o direito não tenha um núcleo de significado. A essência do direito, a resposta às perguntas "o que é o direito?" e "o que deve guiar o direito?", são coisas que talvez não existam. Será que o único segredo é aquele para o qual não existe resposta? Em outras palavras, a dominação da modernidade tem por base, de fato, um abismo de significado e um fascismo sutil. Não há bases seguras a partir das quais fazer in-

De mim, tiraram minha casa e meu carro,
que a duras penas eu conseguira comprar.
(Consegui salvar a mobília).
Ao cruzar a fronteira, pensei:
mais do que a casa, preciso da verdade.
Mas preciso da casa também. E para mim, desde então,
a verdade tem sido como a casa e o carro,
as coisas que eles me tiraram.

junções quanto à qualidade do direito; a única coisa que legitima o governo dos governantes é o próprio sucesso de sua dominação. Contudo, nosso conhecimento desse resultado é profundamente ambíguo, pois embora possa privar os governantes do princípio central de sua dominação, também remove o instrumento por meio do qual se pretendia que as pessoas os controlassem; afinal, para controlar a responsabilidade dos governantes precisamos de sólidos argumentos éticos e políticos[7].

Nos contos de Kafka, as estruturas de uma burocracia complexa e a reificação escondem o abismo criado pela desconstrução do natural artificioso. Uma crença formal na existência do segredo do direito impede que o abismo de significados invada a consciência social: "Há uma tradição segundo a qual [os significados do direito] existem e são confiados como segredos à nobreza, mas esta não é, nem poderia ser, mais que uma antiga tradição à qual a idade confere autoridade" (Kafka 1979: 128). A modernidade poderia sobreviver ao conhecimento de que não há nenhum destino grandioso? Kafka interpreta a história do destino da condição humana como igual à do estudo do pensamento jurídico. Ambas compartilham a "crença em que virá o dia em que tanto a tradição quanto o estudo que dela fazemos chegarão (...) a sua conclusão. Tudo se terá tornado claro (...). O direito pertencerá finalmente às pessoas, e a nobreza desaparecerá" (Kafka 1979: 129). Através de seu papel de objetivo da inexorável busca do conhecimento, a idéia de chegar a conhecer a verdade do ser torna-se o significante transcendental em relação à obscuridade e às relações profundamente reificadas do presente. Juntamo-nos à transcendência de Platão na caverna não porque a tenhamos, de fato, conquistado, mas por conta de nossa crença em que a conquistaremos no futuro. Para Kafka, porém, isso é um enganar-se a si próprio. O tempo e o lugar futuros nos quais o segredo do direito será conhecido por todos e a nobreza estará praticamente extinta podem não chegar nunca. Existe somente o vazio – e por isso devemos encarar, para sempre, a necessidade de afirmar o poder sem garantias extra-humanas. Não podemos fugir à necessidade da nobreza: "A única lei

7. A modernidade foi uma tentativa de criar uma sociedade justa, de estrutura organizada e transparente – um mundo de práticas coerentes, organizado em torno de regras, onde as próprias regras extraíssem sua legitimação da crença em alguma estrutura subjacente ou em sua funcionalidade intrínseca, ou em termos de sua pureza. A condição pós-moderna se introduz junto com a consciência cada vez maior da falta de uma estrutura profunda. A tendência política dominante na condição pós-moderna contempla a tentativa desesperada de evitar idéias e devolver o discurso político ao senso comum. Em flancos opostos estão, por um lado, aqueles que defendem os benefícios do pluralismo e da diversidade radicais; por outro lado, nós testemunhamos o mais grotesco expurgo étnico e a busca de identidades seguras – a ascensão de um novo tribalismo. Mas a pós-modernidade não é uma volta ao pré-moderno. Ao contrário do mundo pré-moderno dos antigos, ela não respeita fronteiras absolutas, a não ser aquelas que constituem, elas próprias, criação do direito (por exemplo, os direitos humanos, o direito internacional). Como reconheceu Nietzsche, isso implica que o direito é o garante da estrutura social, uma vez que, dentro deste mundo, poderia perfeitamente não haver nada de natural que se pudesse transgredir. Conseqüentemente, este mundo poderia, na verdade, não ter sentido sem o simples pressuposto e sem a tradição de que há nele sentido. Além do mais, também, como nos alertou Foucault (1977; 1979), o poder da espada da lei faz parceria com os processos que tornam as práticas sociais contingentes "normais" e nos incentivam a aceitar a socialização na "norma".

visível e indubitável que nos é imposta é a nobreza, e será que desejaríamos, de fato, nos privar dessa lei solitária?" (Kafka 1979: 130). Deveríamos, então, nos transformar em uma nova nobreza?

O conto de Kafka também aponta para uma dialética envolvida na própria idéia de progresso e modernidade. Nossa crença na continuidade do progresso depende de uma sociedade plenamente moderna – a sociedade de justiça perfeita – que nunca se alcança concretamente, mas não podemos relatar esse fato a nós mesmos, uma vez que tal conhecimento significaria que abrimos mão da iniciativa: "ao contrário, tendemos a nos odiar por não podermos ainda ser considerados dignos do direito" (Kafka 1979: 129). O indivíduo moderno deve admitir, ou é preciso lhe dizer, que a perfeição – a verdade – é uma possibilidade realista, ainda que futurista. Desse modo, a luta pela justiça, o compromisso político com a justiça e a marcha para sair do passado rumo ao futuro adquirem algum significado e propósito. Ao contrário, a pós-modernidade é a consciência cada vez maior de que essa ligação é absurda. Em outras palavras, o pós-modernismo é a conscientização da inutilidade de qualquer utopia de uma sociedade justa – a viagem está condenada – e, por implicação, de que já chegamos ao nosso destino. O problema é que o destino é a inconcludência: não existe fim.

Segunda tentação: o abandono da busca da sabedoria do direito em favor da performatividade

Poderá a filosofia jurídica, enquanto busca da grande imagem – a sabedoria do direito – sobreviver, ou estará condenada a cair na linguagem confusa e desconexa dos discursos antagônicos e irrelevantes? Como podemos explicar a grande difusão do discurso jurídico e, ao mesmo tempo, do sentimento de impotência? Trata-se, em parte, de uma questão da compatibilidade entre discurso e poder. Para Lyotard (1984), o significado social do conhecimento mudou; a miniaturização e a comercialização das máquinas de informação alteraram o modo como o conhecimento era adquirido, classificado, disponibilizado e explorado. As novas tecnologias classificam os conhecimentos de acordo com sua compatibilidade com a tecnologia e suas aplicações. Minimiza-se a importância das formas de conhecimento incapazes de ser articuladas de maneira quantitativa e ajustar-se à tradução para a linguagem do computador, e sua sobrevivência torna-se difícil. O velho princípio de que a aquisição de conhecimento estava associada ao treinamento das mentes, ou mesmo dos indivíduos, está se tornando obsoleto; o conhecimento se transforma num produto a ser vendido.

A questão do conhecimento está estreitamente ligada à questão do governo. Lyotard sugere que as funções de regulação e, portanto, de reprodução, vêm sendo cada vez mais tiradas dos administradores humanos e confiadas às máquinas – a política se transforma numa guerra de imagem e pesquisas de opinião. Conhecimento é o que torna alguém capaz de articular não apenas um bom discurso, mas também

de emitir boas opiniões prescritivas e valorativas. Como, porém, avaliar esses atributos? Na interpretação de Lyotard, suas qualidades serão consideradas positivas quando se harmonizarem com os critérios relevantes de justiça, beleza, verdade e eficiência que forem aceitos pelo círculo social dos conhecedores, interlocutores ou pessoas do mesmo grupo social. Para Lyotard, cada campo constrói seus próprios jogos de linguagem, e cada enunciação é um movimento de um jogo; em sua imagem do jogo de linguagem, o conflito é essencial. A metáfora convincente de Lyotard é a guerra: algumas posições são indefensáveis; algumas atacam, demolem, aniquilam e destroem insidiosamente os argumentos alheios: "Numa discussão entre dois amigos, trava-se uma batalha na qual os interlocutores usam qualquer munição disponível; perguntas, pedidos, afirmações e narrativas. A guerra não prescinde de regras; estas permitem e estimulam a maior flexibilidade de enunciação possível" (1984: 17).

Não admira, portanto, que o discurso influenciado pelo movimento CLS se oponha ao Movimento de Direito e Economia. O tema central dos CLS era a volta da organização social às preocupações humanas, a formas menos alienadas de vida social e interação humana. Ao contrário disso, os proponentes da escola econômica do direito preferem que a teoria jurídica só se manifeste na linguagem compreendida pelo poder econômico – a do dinheiro[8]. A economia é a linguagem mais propícia ao computador, mais minimalista no que concerne às preocupações com a natureza humana. O discurso do movimento de direito e economia emprega uma linguagem pós-moderna.

O conhecimento científico não é, porém, auto-sustentável. Existe em competição e conflito com outras formas de conhecimento que Lyotard chama de "narrativo", e que foi dominante nas sociedades tradicionais[9]. Embora a modernidade tenha tra-

8. Como afirma Richard Posner, um dos principais proponentes desse movimento: "A coisa mais importante a se ter em mente sobre o conceito de valor é que ele se baseia naquilo que as pessoas estão dispostas a pagar por alguma coisa, e não na felicidade que obteriam ao possuí-la (...). De modo equivalente, a riqueza da sociedade é a satisfação agregada daquelas preferências (as únicas que têm peso num sistema de maximização da riqueza) que são mantidas pelo dinheiro, isto é, que são registradas num mercado."

9. Segundo a interpretação de Lyotard, dois grandes mitos ou narrativas que têm servido de justificação para a pesquisa científica são o da libertação da humanidade e o da unidade especulativa de todo o conhecimento. A primeira dessas narrativas é de natureza política, militante ativista; a segunda se baseia no conceito de totalidade sob a idéia de um sistema. A primeira dessas narrativas, a humanidade, é a figura heróica do progresso social. O Estado usa narrativas de liberdade toda vez que assume controle direto sobre o treinamento das pessoas, sob a égide da nação, a fim de conduzi-las ao progresso. Contudo, essas narrativas-chave não mais funcionam com a mesma intensidade na sociedade contemporânea. Para Lyotard, a grande narrativa perdeu sua credibilidade a despeito do fato de ser narrativa especulativa ou narrativa de emancipação; é nesse espaço que se instala a pós-modernidade. O poder declinante do progresso da narrativa transpõe a ênfase dos fins da ação para seus meios, ao mesmo tempo que vemos uma explosão de diferentes tipos de técnicas e tecnologias. Mudam os critérios de legitimação. Lyotard argumenta que, na ciência, o objetivo deixou de ser a verdade e passou a ser a performatividade. O etos dos cientistas e técnicos modernos e a criação de instrumentos se voltam não para a descoberta da verdade, mas para o aumento da capacidade performativa. A política educacional muda de modo que se torne mais funcional, a ênfase incide sobre as aptidões, não mais sobre os ideais. O conhecimento não é mais transmitido de uma vez por todas para os jovens; ao contrário, transforma-se num menu *à la carte* ao alcance dos adultos, como parte de seu treinamento e educação contínuos e reiterados. Junto com a capacidade de duvidar, o conhecimento se converte em algo traduzível para a linguagem de computador, e o professor tradicional é substituído por bancos de memória; o ensino é confiado às máquinas, ligando bancos de memória, bibliotecas, dados de computador etc. a terminais que podem ser usados pelos estudantes. Abre-se mão do profissional. Contudo, a força motriz por detrás da mudança não é mais "é verdade?", mas sim "para que serve?", "é vendável?". O consumismo, parece, torna-se um motivo dominante para o escritor pós-moderno.

10. Imagina-se que a ciência tenha por base critérios objetivos. Lyotard, porém, afirma que o conhecimento científico não pode saber (nem dar a saber) que é o conhecimento científico verdadeiro, sem recorrer a outros tipos de narrativas do conhecimento que, de seu próprio ponto de vista, na verdade não constituem conhecimento algum; em resumo, a verdade do científico depende da verdade conhecida, da narrativa. A ciência deve se fazer passar pela maior narrativa de todas, e a credibilidade do próprio Estado se fundamenta nessa narrativa épica.

vado uma guerra contra a narrativa, esta sobreviveu e conferiu legitimidade às instituições sociais, criando formas positivas e negativas de integração às instituições estabelecidas[10]. Portanto, testemunhamos o avanço dos movimentos jurídicos e das humanidades e do estilo narrativo do feminismo – mas a base de seu poder é ambígua.

Terceira tentação: trocar a modernidade por uma dialética de tribalismo e subjetividade desmedida

Em todo o mundo ocidental desenvolvido, o modernismo social e cultural viu-se acossado por ataques provenientes de vários e diferentes quadrantes. Na direita, os conservadores argumentam que o modernismo destruiu os valores da vida cotidiana e do senso comum. A ilimitada auto-realização, as exigências de experiências autênticas e a substituição da objetividade pela subjetividade impuseram um pesado ônus ao eu. Do eu se pretende que veja o mundo como um espaço para projetos e use os objetos do mundo como meios para chegar a fins que interessem ao eu. Para a direita conservadora, isso liberou desejos hedonistas irreconciliáveis com a disciplina que a vida moderna exige (Gottfredson, M. e Hirschi, Travis, *A General Theory of Crime*, 1990; compare-se com Morrison, 1995). Hedonismo, falta de identificação social, falta de obediência, de amor-próprio, a retirada da deferência diante da autoridade – tudo isso é visto não como atributos de uma modernização bem-sucedida, mas de uma modernidade social e cultural que se perdeu no caminho. Para a esquerda, ao contrário, o problema pós-moderno é o da modernização incompleta do mundo (por exemplo, Habermas). Quando Lyotard afirma que, na condição pós-moderna, as grandes narrativas perderam sua credibilidade ao mesmo tempo que continuamos a praticar os jogos que no passado foram legitimados por essas grandes narrativas, e o fazemos num nível de pura formalidade, ele repete a advertência de Nietzsche de que o niilismo é a condição resultante quando matamos Deus mas continuamos a agir como se Ele ainda existisse. As narrativas de domínio e conquista da natureza levam-nos à ênfase tecnológica sobre o controle e a dominação, mas

privam nosso espírito de uma finalidade. Segundo essa interpretação, uma sociedade individualista e fragmentada na qual a lei e o direito são armas para conflitos em pequena escala parece ser nosso destino. Não admira que, nessas condições, a nostalgia por uma sociedade pré-moderna tradicional aflore e, a seu lado, desenvolva-se uma multiplicidade de pequenas narrativas. A falta de uma metanarrativa ou metalinguagem que dê sentido ao modernismo tardio passa a ser remediada pelo ressurgimento de narrativas localizadas. Como as narrativas unem o narrador e o público, para Lyotard a pós-modernidade consiste em manter a flexibilidade da forma narrativa ao mesmo tempo que evita, de algum modo, a imposição de sistemas de crenças absolutas. Escaparemos da dominação por meio da fragmentação de diferentes narrativas; a sociedade é representada como algo que funciona muito melhor através de uma variedade desestruturada de microeventos, e uma sociedade com múltiplos centros é melhor que uma sociedade conscientemente planejada. As grandes narrativas são ruins, as pequenas são superiores. Tudo que podemos esperar do direito é seu envolvimento numa multiplicidade de pequenas batalhas, pequenos movimentos numa ordem social constituída por uma grande diversidade de jogos de linguagem que competem entre si.

O lado negativo desse cenário é que a vida social pode, ao contrário, transformar-se numa guerra hobbesiana civilizada de todos contra todos – uma guerra mediada pelas armas da lei. Em vez de instaurar a justiça, o fato de levar a lei às pessoas estimula uma interminável seqüência de litígios. Sem uma crença nas grandes narrativas, a vida se converte num amontoado de pequenos jogos; ainda mais, Lyotard parece esquecido da falta de alma que caracteriza esse jogo pós-moderno. Em sua análise, as grandes narrativas são acusadas de legitimarem os grandes programas políticos do partido comunista ou os programas de dominação (a Guerra Fria), enquanto as pequenas narrativas são associadas à criatividade localizada. A partir de outro ponto de vista, porém, como o do crítico norte-americano Fredric Jameson, os jogos da pós-modernidade não passam de um pastiche que nos condena à esquizofrenia[11]. Jameson define o pós-modernismo como uma nostalgia pelo passado na qual, ao mesmo tempo, parecemos perder nossa capacidade de nos situar historicamente. Tornamo-nos incapazes de nos inscrever num espaço-tempo contingente que faça sentido. Como, então, podemos nos comprometer com projetos sociais, uma vez que esse tipo de compromisso equivale a envolver-se com um certo *continuum* de comprometimento e esperança?

Em termos parecidos, o jargão pós-modernista está impregnado de referências à totalidade, à fragmentação, à dialética do globalismo e do localismo. Em certo sentido, a pós-modernidade denota um sentimento de perda, no sentido de que não mais conseguimos apreender o que ocorre na sociedade, ou, na verdade, no globo como um todo, ainda que, ao mesmo tempo, precisemos saber o que ocorre nesse nível de totalidade a fim de podermos dizer que não é mais possível dizer o que está ocorrendo. Assim, embora esteja em voga afirmar que não há discursos teóricos capazes de nos oferecer uma explicação de todas as formas de relações sociais e de tornar possíveis modalidades legítimas de prática política e intervenção jurídica, esse mesmo modo de pensar acaba configurando um entendimento teórico da totalidade[12].

11. Jameson usa o termo "esquizofrenia" para denotar o sentimento de uma experiência mais intensa do presente-muito-dado que nos oferece, ainda que confusamente, uma fragmentação ou um conjunto de pressões permanentes de experiências temporais e descontínuas. Em vez de os diferentes eventos que invadem nossa existência serem meros problemas de uma trajetória de vida coerente, os eventos são intrusões deslocadas que ameaçam despertar reações que fragmentarão nosso próprio ser.

Quarta tentação: entender mal a natureza da desconstrução

Ao lado da percepção da contingência e dos sonhos de flexibilidade dinâmica, a consciência cultural pós-moderna é obcecada pelo processo de desconstrução (sob forte influência dos projetos de Jacques Derrida). A desconstrução liga-se à teoria jurídica primeiro através da natureza textual do direito, e, segundo, através da ligação modernista (funcional) do direito com a estrutura social. Ao colocar uma série contínua de perguntas, a desconstrução procura exaurir a força de uma estrutura social cuja substância está na proibição de perguntar. Existem duas formas de desconstrução:

(i) A desconstrução do texto. É lugar-comum afirmar que o estudo e a transmissão do direito envolvem textos. Buscar a verdade do direito significa engajar-se na interpretação textual. Os textos de direito contêm o significado do direito?[13] A desconstrução é a técnica para se demonstrar que qualquer interpretação assente de um texto jurídico está aberta à desestabilização. Toda interpretação que tenta substituir a abertura ilimitada do texto básico por meio de uma interpretação decisiva – autoritária – usurpa a vida do texto, condenando-o a uma morte precoce. Em vez de uma conclusão, a desconstrução percebe toda interpretação como enriquecedora ou empobrecedora do potencial do texto original, acrescentando ou subtraindo a partir de um repertório de significados, mas exige que qualquer interpretação seja objeto de toda uma seqüência de estudos. A desconstrução declara que o objetivo da redução do(s) significado(s) interpretado(s) em um texto a um único significado latente não é apenas intelectualmente degradante, mas também perigoso.

12. A rejeição da totalidade, por Lyotard, constitui em si uma narrativa relativamente extensa, ainda que certamente enfatize uma fragmentação dos jogos de linguagem, do tempo, do sujeito humano e da própria sociedade. Mas o que encontramos, qual é o estado de espírito com o qual nos havemos com essa dissolução da unidade, o que pode dar coerência e, ainda assim, autonomia, ao trabalho individual?

13. Observe-se que a busca do sentido do ser por meio do estudo dos textos desse ser provém do estudo da "palavra de Deus". Nas tradições judaica, cristã e muçulmana, o dom de Deus consiste no fornecimento de textos à humanidade; textos que parecem mudar, desenvolver e revelar uma multiplicidade de sentido(s) a cada nova interpretação que deles se faz. Os cânones interpretativos e o(s) significado(s) resultante(s) só pode(m) ser estabelecido(s) por meio da estabilização da interpretação – da criação de uma seita.

(ii) A desconstrução da ordem social. Repetindo uma afirmação contrária ao positivismo jurídico de H. L. A. Hart, boa parte da teoria jurídica dominante trata a contingência da modernidade tardia como o normal e reduz a importância do papel do poder por trás do direito. Em sua interpretação desconstrutiva do direito, Derrida (1992) devolve os fundamentos da moderna teoria jurídica anglo-americana ao construcionismo realista de Hobbes. Derrida devolve o direito ao conceito de força[14], invertendo assim a narrativa de Hart – a saber, evitar a centralidade do poder que Austin confere ao direito – para nos falar da existência de um mistério fatal sob a presença do direito. Todas as formas de legitimação podem ser desconstruídas – como no caso da natureza final do "como se" da norma básica de Kelsen ou no da regra de reconhecimento de Hart –, e em nenhum estágio existe fundamentação para o direito. A justiça nada mais é que a busca de justiça – não se poderá jamais afirmá-la conclusivamente (a não ser através de nosso consenso contingente sobre algum procedimento de reconhecimento – que sempre poderia ter sido outro qualquer). Em decorrência disso,

> Tendo em vista a origem da autoridade, a fundamentação, a base ou posição jurídicas não podem, por definição, assentar sobre nada que não seja elas mesmas; elas próprias são uma violência sem base. O que equivale a dizer que são injustas em si mesmas, no sentido de "ilegais". Não são nem legais nem ilegais em seu momento fundador. Extrapolam a oposição entre fundado e infundado, ou entre qualquer fundacionalismo ou antifundacionalismo. Ainda que o êxito dos [aspectos] performativos que fundam a lei ou o direito (...) pressuponha condições e convenções anteriores, (...) o mesmo limite "místico" vai reaparecer na suposta origem das alegadas condições, regras ou convenções, e na origem de suas interpretações dominantes (1992: 14).

Para Derrida, a desconstrução é uma forma de humanismo[15]; sua revelação da infinita regressão do ser da verdade não é uma negação da tarefa do iluminismo, mas uma exortação à lembrança de que a tarefa da filosofia não consiste em apreender a verdade, mas em permitir que vivamos sob a égide do espírito da verdade. Viver em meio ao processo de desconstrução é o destino do indivíduo moderno, que

14. O texto de Derrida é denso, mas a profundidade de suas análises compensa sua leitura. Ele começa por chamar atenção para a expressão inglesa *to enforce the law* ("executar", "aplicar", "impor", "fazer cumprir" o direito a lei"): a palavra *enforceability* ("possibilidade de execução, aplicação, cumprimento") nos lembra que não existe "direito" (*droit*) que não implique, em si mesmo, *a priori*, a estrutura analítica de seu conceito, a possibilidade de ser executado, aplicado pela força. Sem dúvida, existem leis que não são aplicadas pela força, mas não existe lei sem a possibilidade de execução, assim como não existe aplicabilidade ou possibilidade de execução da lei sem a força, seja esta direta ou indireta, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva e hermenêutica, coerciva ou reguladora, e assim por diante" (1992: 5).

15. Seminário, Queen Mary e Westfield College, Londres, 1995.

tanto mantém uma distância crítica da aceitação do poder da espada[16] quanto busca se libertar do processo de normalização imposto pela disciplina cotidiana[17].

Quinta tentação: recusar o ônus da desconstrução através do recuo a práticas, usos ou métodos eticamente duvidosos

Para além da desconstrução encontra-se o mistério da indagação jurídica. Em um mundo no qual tudo pode ser posto em dúvida e no qual justiça é autenticidade – e não garantia –, é inevitável que levemos sobre nossos ombros o peso da existência.

Através da prática acadêmica e profissional do dia-a-dia, o jurista faz o jogo da reconstrução racional – desenvolve-se uma doutrina, às vezes novos tipos de direito são criados, como o "Direito da Indenização" – a partir das batalhas dos jogos lingüístico-jurídicos. Os efeitos do direito ora sobem em nosso conceito, ora são esquecidos. Nesse processo de jogar os jogos do(s) texto(s) e criar o(s) texto(s) do(s) jogo(s), as palavras de Marx – que o livro de direito era a bíblia da liberdade dos povos – se transformam tanto numa esperança quanto numa miragem. Ao contrário, parece mais pertinente a injunção de Wittgenstein, para quem, no futuro, o único lugar em que as questões filosóficas poderiam ser discutidas e resolvidas era a estação ferroviária. A vida pós-moderna é uma vida cheia de atividades e de performances que nunca acabam.

Terão os jogos alguma estabilidade? Outra estabilidade além da satisfação temporal ou da frustração dos desejos dos jogadores? É irônico encontrar na teoria hartiana de regras e jogos – uma teoria amoral – o profeta da pós-modernidade. A partir da estrutura das regras, confere-se ordem ao jogo e ele desenvolve sua ordem. A ordem pode pairar sobre as cabeças dos jogadores como se fossem leis naturais, mas sua estrutura renasce sempre de novo, informada pela disposição das autoridades em desenvolver o jogo e pela disposição dos jogadores em obedecer às regras. Se o desejo de participar do jogo segundo as regras se dissipasse, evaporar-se-iam a estrutura e os fundamentos do jogo. É aqui que se encontra o atrativo do liberalismo de Hart: tudo que diz respeito à ordem social devia ser como um jogo (ainda que, sem dúvida, seja esta a provável natureza de algumas ordens). No contexto do jogo, sem importar quão meticulosamente a ordem regida por regras seja observada, a

16. Poder-se-ia dizer, a esse respeito, que a desconstrução equivale a levar o critério hartiano da cidadania crítica a seu extremo e a contrastá-lo com aqueles que afirmam que, em geral, a obediência à lei é uma boa coisa.

17. Outra forma de indagação associada à desconstrução remete à análise crítica daquilo que Foucault chamou, na última parte do primeiro volume da *História da sexualidade*, de "Direito de morte e poder sobre a vida"; o exercício do "biopoder" ou das disciplinas do corpo e das diversas formas extralegais de regular a vida "normal" da população (as disciplinas de saúde física, beleza, sexualidade e saúde mental – em suma, da normalidade em oposição ao desvio, que só pode ser compreendido por comparação com o "normal").

disciplina nunca é considerada ou vivenciada como opressão; ao contrário, trata-se do contexto em que se julga valor e aptidão, e as penalidades aplicadas são tidas como erradas ou pertinentes, mas nunca como escravizadoras. A ordem liberal ideal é aquela que confere poder e sanciona, e que vem junto com o conhecimento de como prosseguir com os projetos dos jogadores e desenvolvê-los. A ordem evocada pela prática dos jogos parece tão atraente que nenhuma ordem tardio-moderna pode deixar de apropriar-se de algo de seu poder de sedução e afirmar que o desempenho de suas obrigações é normativo, que os movimentos devem seguir os comandos das regras, como o mero desempenho de um papel, que se deve ocultar a coerção como se o direito nada mais fosse que os efeitos das regras do jogo.

Não se pode, por certo, participar do jogo e subverter as regras; este é o paradoxo da lei que rege o jogo. Participar de um jogo significa jogar segundo as regras; não há como jogar a não ser seguindo as regras. Falhar é trapacear, e isso não é jogo. Não se pode ser cético quanto às regras do jogo; cabe-nos, apenas, interpretá-las de maneira construtiva (Dworkin). É impossível mover-se de modo que transgrida as regras do jogo sem que se fique exposto à (justificada) penalidade; pode-se apenas abandonar o jogo ou inventar outro jogo.

Os jogos da vida, os jogos do direito, são uma resposta à necessidade de reconhecimento. Enquanto busca da verdade do direito, a filosofia jurídica é a vontade de sabedoria. O fato de as humanidades seguirem a vontade, e não o instinto, é ao mesmo tempo fonte de poder e de nossos problemas existenciais. Através do discurso, dos desejos que alguém articulou, através das tradições da razão, procuramos codificar aquilo que constitui as mais ambivalentes das criações humanas: as idéias da dignidade e do sagrado. Os jogos de linguagem da teoria jurídica contemporânea falam à natureza e às fontes multívocas desses desejos. Os desejos tornam-se móveis, transitórios, desfocados ou, para sermos mais precisos, movem-se num estado contínuo de (re)focalização.

Devemos, porém, nos lembrar de que os jogos dos pós-modernos, assim como aqueles dos pré-modernos, não são auto-sustentáveis ou anistóricos. Nos jogos da pós-modernidade, como nas corridas de bigas, o que importa saber é se se é escravo ou homem livre, vencedor ou perdedor. Importa saber quem tem o desempenho vencedor e qual é o envolvimento dos governantes; importa saber qual é a posição do jogo no contexto da ordem social. Os jogos dos pós-modernos podem também, de novo, ser jogos de paganismo (Lyotard e Thebaud, 1985) – pois quem, em sã consciência, desejaria reinventar Deus? –, porém, tendo sondado o abismo existente no coração do modernismo, não há necessidade de fugir ao desafio da desconstrução, enfrentar o irredutível mistério da santidade do humano. Para humanizar as afirmações da razão – que a pós-modernidade desloca e diminui –, podemos usar em nosso cotidiano as afirmações humianas de empatia e solidariedade, mas também precisamos de um significante transcendental. É possível que, na condição pós-moderna, devamos reconhecer a impossibilidade de fugir a nossa inadequação existencial; precisamos reconhecer o mistério de uma profundidade em relação à qual po-

demos fazer muito pouco além de invocar o domínio do sagrado. O fato de sermos sempre derrotados em nossas tentativas de conhecê-lo não é motivo para não vivermos em seu espírito. Portanto, o desafio do pós-moderno consiste em perguntar continuamente qual o sentido da existência humana, com pleno conhecimento do fato de que qualquer resposta oferecida, e qualquer ordem social por meio dela construída, não passam de uma suspensão temporária, de uma personificação de algumas de nossas vontades – de alívio para nossos medos.

Bibliografia

Acton, H. B. (1970), *Kant's Moral Philosophy*, New Studies in Ethics. Londres: Macmillan Education Ltd.

Agostinho (Santo) (1972), *City of God*, David Knowles (org.). Harmondsworth: Penguin Books.

_____ (1907), *The Confessions of St. Augustine*, trad. ingl. E. B. Pussey. Londres: Everyman's Library (também Dent and Sons, 1969, *St. Augustine's Confessions: The Odyssey of Soul*, Cambridge, Massachusetts).

Adorno, Theodor W. e Horkheimer, Max (1972), *Dialectic of Enlightenment*, trad. ingl. John Cumming, Nova York.

Anschutz, R. P. (1953), *The Philosophy of J. S. Mill*, Oxford.

Ammos, Linda (1995), "Mules, Madonnas, Babies, Bathwater, Racial Imagery and Stereotypes: The African-American Woman and the Battered Woman Syndrome", *Wisconsin Law Review*.

Aquino, Santo Tomás (1945), *Introduction to St. Thomas Aquinas* (*The Summa Theologica, The Summa Contra Gentiles*), Anton C. Pegis (org). Nova York: The Modern Library.

Arendt, H. (1964), *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. Nova York: Viking Press.

Arblaster, A. (1984), *The Rise and Decline of Western Liberalism*. Blackwell: Oxford.

Aristóteles (1956-64), *Opera*. Oxford: Clarendon Press.

_____ (1962), *The Politics*, trad. ingl. T. A. Sinclair. Harmondsworth: Penguin Books.

Auden, W. H., *Collected Poems*. Londres: Faber & Faber.

Austin, John (1954 [1832]), *The Province of Jurisprudence Determined*. Londres: Weidenfeld & Nicolson.

_____ (1873), *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4ª ed. revisada por Robert Campbell. Londres: John Murray.

_____ (1859), "A Plea for the Constitution", *Fraser's Magazine* (abril).

Bailyn, Bernard (1967), *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge: Harvard University Press.

Balkin, J. M. (1987), "Deconstructive Practice and Legal Theory", *96 Yale Law Journal* 743.

Barnett, H. (1995), *Constitutional Law*. Londres: Cavendish Publishing Ltd.

Bartlett, Katherine (1990), "Feminist Legal Methods", *103 Harvard Law Review*.

_____ (1993), *Gender and Law*.

_____ e Kennedy, Rosane (1991), *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*. Bolder: Westview Press.

Baudrillard, Jean (1983), *In the Shadow of the Silent Majorities*, trad. ingl. P. Foss, P. Patton e J. Johnston. Nova York: Semiotext(e).

Bauman, Zygmunt (1987), *Legislators and Interpreters: On Modernity, Post-Modernity and Intellectuals*. Oxford: Basil Blackwell.

Bauman, Zygmunt (1989), *Modernity and the Holocaust*. Cambridge: Polity Press.
_____ (1991), *Modernity and Ambivalence*. Cambridge: Polity Press.
_____ (1993), *Postmodern Ethics*. Oxford: Blackwell.
Baxter, James K. (1980), *Collected Poems*. Wellington/Oxford: Oxford University Press.
Beauvoir, Simone de (1953), *The Second Sex*, trad. ingl. H. M. Parchley. Londres: Jonathan Cape.
Beck, Lewis White (1960), *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*. Chicago: University of Chicago Press.
Bender, Leslie (1990), "Changing the Values in Tort Law", *25 Tulsa LJ*.
_____ (1990), "Feminist (Re)torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power and Responsibilities, *Duke Law Journal*.
_____ (1990), "From Gender Difference to Feminist Solidarity: Using Carol Gilligan and an Ethic of Care in Law", *15 Vermont Law Review*.
Benditt, T. M. (1974), "Legal Theory and Rules of Law", *University of Western Ontario Law Review*, 13.
Benjamin, Jessica (1980), "The Bounds of Love: Rational Violence and Erotic Domination", *Feminist Studies*, vol. 6, n.º 1.
Bentham, Jeremy (1787), "Panopticon", em *The Works of Jeremy Bentham*. Nova York: Russell & Russell, 1971.
_____ (1970), *Of Laws in General*, H. L. Hart (org.). Londres: Athlone.
_____ (1987 [1789]), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Harmondsworth: Penguin Classics.
Berger, Peter (1967), *The Sacred Canopy*, Garden City.
Berlin, Isaiah (1969), "Two Concepts of Liberty", em *Four Essays on Liberty*, Oxford.
Beyleveld, D. e R. Brownsword (1982), "Critical Legal Studies", *Modern Law Review*, 47.
_____ (1986), *Law as Moral Judgement*. Londres: Sweet & Maxwell.
Blackstone, William ([1765-9] 1973), *Commentaries on the Laws of England*, C. Jones (org.). Londres.
Bloch, Ernst (1985), *Natural Law and Human Dignity*, trad. ingl. Dennis J. Schmidt. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
Bloor, D. (1983), *Wittgenstein: A Social Theory of Knowledge*. Londres: Macmillan.
Bodin, J. (1962), *The Six Books of a Commonwealth*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Bottomely, A. (1995), *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*. Londres: Cavendish Publishing Ltd.
Boyle, James (1985), "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", *University of Pennsylvania Law Review*, 133.
Brecht, Bertolt (1980), *Bertolt Brecht Poems 1913-56*, John Willett e Ralph Manheim (orgs.). Londres: Eyre Methuen.
Brown, P. *et alii*. (1981), "A Daughter: a Thing To Be Given Away", em *Women in Society*, Cambridge Women's Studies Group (org.). Londres: Virago.
Bruno, Giuliana (1987), "Ramble City: Postmodernism and Blade Runner", *October*, 41.
Bryson, Valerie (1992), *Feminist Political Theory: An Introduction*. Basingstoke: MacMillan.
Buchheim, Hans (1968), "Command and Compliance", em Krausnick, Helmut Buchheim, Hans Broszat, Martin e Hans-Adolf Jacobsen (1968), *Anatomy of the SS State*. Londres: Collins.
Cain, M., e A. Hunt (orgs.) (1979), *Marx and Engels on Law*. Londres: Academic Press.
Calhoun, George C. (1944), *Introduction to Greek Legal Science*. Oxford: Clarendon Press.
Callinicos, Alex (1989), *Against Postmodernism: A Marxist Critique*, Polity Press.
Cardozo, Benjamin (1921), *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Conn.
Cavafy (1984), *Collected Poems*, Edmund Keeley & Philip Sherrand (trad. ingl.), George Savidis (org.). Londres: The Hogarth Press.

Chambliss, W. J. e H. Siedman (1971), *Law, Order and Power*. Reading, Mass.: Addison-Wesley.
_____ (1983), *Law, Order and Power* (2.ª ed.). Reading, Mass.: Addison-Wesley.
Codrington, R. H. (1891), *The Melanesians: Studies in Their Anthropology and Folk-Lore*, Oxford.
Cohen, G. A. (1982), *Karl Marx's Theory of History: A Defense*. Oxford: Oxford University Press.
Collins, H. (1982), *Marxism and Law*. Oxford: Oxford University Press.
Comte, Auguste (1973), *System of Positive Policy*, trad. ingl. R. Congreve e H. Hunton, 4 vols. Nova York: Burt Franklin.
_____ (1974) *The Positive Philosophy*. Nova York: AMS Press Inc.
Coole, D. (1988), *Women in Political Theory*. Brighton: Wheatsheaf.
Cornell, Drucilla (1988), "Institutionalisation of Naming, Recollective Imagination and the Potential for Transformative Legal Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review 136*.
_____ (1991), *Beyond Accomodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law*. Londres: Routledge.
Cott, N. (1987), *The Grounding of Modern Feminism*. New Haven e Londres: Yale University Press.
Cotterrell, R. (1984), *The Sociology of Law: An Introduction*. Londres: Butterworths (2.ª ed. 1992).
_____ (1989), *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*. Londres: Butterworths.
_____ (1995), *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press.
Crozier, M. (1964), *The Bureaucratic Phenomenon*. Londres: Tavistock.
Davies, Howard e Holdcroft, David (1991), *Jurisprudence: Texts and Commentary*. Londres: Butterworths.
Davies, Margaret (1994), *Asking the Law Question*. Sydney: The Law Book Company.
Derrida, Jacques (1992), "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority'", em Cornell, Rosenfeld e Carlson (orgs.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*. Nova York: Routledge.
_____ (1994), *Specters of Marx*. Londres: Routledge.
Descartes, R. (1984), *The Philosophical Works of Descartes*, trad. ingl. J. Cottingham, R. Stoothoff e D. Murdoch. Cambridge: Cambridge University Press.
De Souza Santos, B. (1991), "The Postmodern Tradition: Law and Politics", em *The Fate of Law*, Austin Sarat e Thomas Kearns (orgs). Ann Arbour: The University of Michigan Press.
Devlin, Lord (1965), *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press.
Douzinas, Costas, McVeigh e Warrington, Ronnie (1992), "Is Hermes Hercules' Twin? Hermeneutics and Legal Theory", em A. Hunt (org.), *Reading Dworkin Critically*. Oxford: Berg Publishers.
_____ e Warrington, Ronnie (1994), *Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law*. Londres: Harvester Wheatsheaf.
Drucker, Peter F. (1993), *Post-Capitalist Society*. Oxford: Butterworth-Heinemann.
Dworkin, A. (1981), *Pornography: Men Possessing Women*. Londres: Women's Press.
_____ (1987), *Intercourse*. Nova York: Free Press.
Dworkin, Ronald (1967), "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, 35.
_____ (1975), "Hard Cases", *Harvard Law Review*, 88.
_____ (1977), *Taking Rights Seriously*, reedição com o capítulo Reply to Critics [Resposta aos críticos]. Londres: Duckworth.
_____ (1978), "No Right Answer", *New York University Law Review*, 53.
_____ (1978), "Liberalism", em Stuart Hampshire (org.), *Public and Private Morality*, Cambridge.
_____ (1980), "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, 60.
_____ (1983), "A Reply by Ronald Dworkin", em M. Cohen (org.), 1983, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Londres: Duckworth.

Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
_____ (1993), *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. Nova York: Alfred A. Knopf.
_____ (1996), *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Elias, Norbert ([1939] 1978), *The Civilizing Process: The History of Manners*. Nova York: Urizen Books.
_____ (1982), *Power and Civility*, trad. ingl. Edmund Jephcott. Nova York: Pantheon.
Engels, Frederick ([1884] 1973), *The Origin of the Family, Private Property, and the State: In the Light of the Researches of Lewis H. Morgan*. Nova York: International Publishers.
Estrich, Susan (1987), *Real Rape*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Fienburg, Joel (1984), *Harm to Others*. Princeton: Princeton University Press.
Finley, M. I., *The World of Odysseus*. Nova York: Viking Press.
Finnis, J. M. (1980), *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
Firestone, Shulamith (1970), *The Dialectic of Sex*. Nova York: Bantam Books.
Fish, S. (1980), *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
_____ (1982), "Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature", *Texas Law Review*, 60.
_____ (1991), "The Law Wishes to Have a Formal Existence", em Austin Sarat e Thomas R. Kearns (orgs.), *The Fate of Law*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
Fitzpatrick, Peter (1992), *The Mythology of Modern Law*. Londres: Routledge.
Flew, A (1971), "Theology and Falsification", em Mitchell, B. (ed.), *The Philosophy of Religion*, Oxford: Oxford University Press.
Forbes, Duncan (1975), *Hume's Philosophical Politics*. Cambridge York: Cambridge University Press.
_____ (1979), "Hume and the Scottish Enlightenment", em *Philosophers of the Enlightenment*, S. C. Brown (org.). Sussex: Harvester Press.
Foucault, M. (1977), *Discipline and Punish: The Birth of Prison*, trad. ingl. A. Sheridan. Harmondsworth: Penguin.
_____ (1980), *The History of Sexuality*, vol. 1, An Introduction, trad. ingl., Nova York: Robert Hurley.
Franklin, J. H. (1963), *Jean Bodin and the Sixteenth-Century Revolution in the Methodology of Law and History*.
_____ (1973), *Jean Bodin and the Rise of Absolute Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
Freud, S. (1961), *Civilization and its Discontents*, trad. ingl. J. Strachey. Nova York: Norton.
Fukuyama, Francis (verão de 1989), "The End of History", *The National Interest*.
Fuller, Lon (1940), *The Law in Quest of Itself*. Chicago: Foundation Press.
_____ (1954), "American Legal Philosophy at Mid-Century", 6 *Journal of Legal Education*.
_____ (1958), "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", *71 Harvard Law Review*, 630.
_____ (1969), *The Morality of Law*, ed. rev. New Haven, Conn.: Yale University Press.
Gabel, Peter (1980), "Reification in Legal Reasoning", em "Research in Law and Sociology", vol. 3, pp. 25-46, *Critical Legal Studies*.
_____ (1984), "The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves", *62 Texas Law Review*.
_____ e Kennedy, D. (1984), "Roll Over Beethoven", *36 Stanford Law Review*.
Gadamer, Hans-Georg (1982), *Truth and Method*, trad. ingl. G. Barden e J. Cumming. Nova York: Crossroad.
Galbraith, John Kenneth (1992), *The Culture of Contentment*. Londres: Penguin.

Gandhi, Mohandas K. (1957), *An Autobiography: The Story of My Experiences With Truth*, trad. ingl. Mahadev Dessai, Boston.
Garner, Richard (1987), *Law and Society in Classical Athens*. Beckenham, Kent: Croom Helm.
Geertz, Clifford (1973), *The Interpretation of Cultures*, Nova York.
Gellner, Ernest (1987), *Culture, Identity, and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
_____ (1994), *Conditions of Liberty: Civil Society and Its Rivals*. Londres: Hamish Hamilton.
Gewirth, Alan (1985), "Rights and Virtues", *Review of Metaphysics*, 38.
Giddens, A. (1990), *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press.
_____ (1992), *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*. Cambridge: Polity Press.
Gilligan, Carol (1982), *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Gilmore, Grant (1977), *The Ages of American Law*. New Haven: Yale University Press.
Goodrich, Peter (1992), "Critical Legal Studies in England: Prospective Histories", *12 Oxford Journal of Legal Studies*.
Gordon, R. (1982), "New Developments in Legal Theory", em David Kairy (org.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*.
_____ (1987), "Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law", *Florida State University Law Review*, 15.
Gottfredson, Michel, e Hirschi, Travis (1990), *A General Theory of Crime*. Stanford, CA: Stanford University Press.
Gluek, Sheldon (1946), "The Nuremberg Trials and Aggressive War", 59 *Harvard Law Review*.
Gramsci, A. (1971), *Selections from the Prison Notebooks*. Londres: Lawrence and Wishant.
Grigg-Spall, I., e Ireland, P. (1992), *The Critical Lawyer's Handbook*. Londres: Pluto Press.
Gross, Karen (1990), "Re-Vision of the Bankruptcy System: New Images of Individual Debtors", *88 Michigal Law Review*.
Guest, Stephen (1992), *Ronald Dworkin*. Edinburgo: Edinburgh University Press.
Habermas, J. (1981), "Modernity versus Postmodernity", 22 *New German Critique*.
Hall, Jerome (1960), *General Principles of Criminal Law*, 2ª ed. Nova York: Bobbs-Merrill.
Hamburguer, Lotte e Joseph (1985), *Troubled Lives: John and Sarah Austin*. Toronto: University of Toronto Press.
Harris, Angela P. (1990), "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", *42 Stanford Law Review*.
Harris, J. (1980), *Legal Philosophies*. Londres: Butterworth.
Harris, W. (1988), "Justice Jackson at Nuremberg", IL V 20 nº 3.
Hart, Henry (1958), "The Aims of the Criminal Law", *Law and Contemporary Problems*, 23.
Hart, H. L. A. (1954), "Definition and Theory of Jurisprudence", 70 *Law Quarterly Review*.
_____ (1958), "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, 71.
_____ (1961), *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon.
_____ (1963), *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
_____ (1965), "Book Review", *78 Harvard Law Review*.
_____ (1977), "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Georgia Law Review*, 11.
Harvey, David (1992), *The Condition of Postmodernity*. Nova York: Blackwell.
Hay, D. (1975), "Property, Authority and the Criminal Law", em D. Hay *et alii*, *Albion's Fatal Tree*, Harmondsworth.
Hegel, F. ([1895] 1963), *Lectures on the Philosophy of Religion*, E. B. Speirs e J. Burden (orgs). Londres: Routledge and Kegan Paul.

Hegel, F. (1896), *Lectures on the Philosophy of History*, trad. ingl. Elizabeth S. Haldane e Frances H. Simson. Londres: Kegan Paul, Trench, Trübner.
Hegel, G. W. F. (1952), *Philosophy of Righ*, trad. ingl. T. M. Knox. Londres: Encyclopaedia Britannica, Inc.
_____ (1969), *Science of Logic*, trad. ingl. A. V. Miller. Londres: George Allen & Unwin.
_____ (1971), *Faith and Knowledge*, trad. ingl. Walter Cerf. Albany: State University of New York Press.
_____ (1977), *Phenomenology of Spirit*, trad. ingl. A. V. Miller. Nova York: Oxford University Press.
Heller, Agnes (1987), *Beyond Justice*. Oxford: Basil Blackwell.
_____ e Feher, Ferenc (1988), *The Postmodern Political Condition*. Cambridge: Polity.
Heidegger, M. (1962), *Being and Time*, trad. ingl. J. Macquarrie e E. Robson. Nova York: Harper & Row.
Hobbes, Thomas ([c. 1642] 1991), *Man and Citizen: De Homine and De Cive*, Bernard Gert (org.). Indianápolis:. Hackett Publishing [reedição de 1972, Garden City: Doubleday and Co. (uma coletânea de *The Man* e *The Citizen*)].
_____ ([1651] 1991) *Leviathan*, Richard Tuck (org). Cambridge: Cambridge University Press.
Hobsbawn, E. J. (1969), *Industry and Empire*. Harmondsworth: Pelican.
Holmes, O. W. (1897), "The Path of Law", 10 *Harvard Law Review*.
Holland, R. F. (1980), *Against Empiricism: On Education, Epistemology and Value*. Oxford: Basil Blackwell.
Hooks, B. (1981), *Ain't I a Woman: Black Women and Feminism*. Boston: South End Press.
_____ (1984), *Feminist Theory: From Margin to Centre*. Boston, Mass.: South End Press.
Horwitz, Morton J. (1992), *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Oxford: Oxford University Press.
Hitler, Adolf (1943), *Mein Kampf*, trad. ingl. Ralph Manheim, Boston.
Hume, David (1957), *Dialogues Concerning Natural Religion*, Henery D. Aiken (org). Nova York: Hafner Publishing.
_____ (1978 [1739-40]), *A Treatise of Human Nature*. L. A. Selby Bigge (org.), 2ª ed., texto revisto por P. H. Nidditch. Oxford: The Clarendon Press.
_____ (1975 [1777]), *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*. Introdução e índice por L. A. Selby Bigge, 3ª ed., texto revisado e notas por P. H. Nidditch. Oxford: The Clarendon Press.
_____ (1966), "On Refinement in The Arts", em *Essays, Moral, Political, and Literary*. Oxford: Clarendon Press.
Hunt, A. (1985), "The Ideology of Law", *Law and Society Review*, 19.
_____ (1987), "The Critique of Law: What is 'Critical' About Critical Legal Theory?", em Fitzpatrick e Hunt (1987), orgs., (1992) *Reading Dworkin Critically*. Oxford: Berg.
Irigaray, Luce (1984), *Ethique de la différence sexuelle*. Paris: Les Éditions de Minuit.
_____ (1985), *This Sex Which is Not One*. Ithaca, Nova York: Cornell University Press.
_____ (1986), "The Fecundity of the Caress: A Reading of Levinas, 'Totality and Infinity, Section IV, B, 'The Phenomenology of Eros'", em Richard A. Cohen (org.), *Face to Face With Levinas*. Nova York: State University of New York Press.
Jewell, Terri (org.) (1993), *The Black Woman's Gumbo Ya-Ya: Quotations by Black Women*. Freedom, CA: The Crossing Press.
Kafka, Franz (1979), *Decription of a Struggle and Other Stories*. Harmondsworth: Penguin.
Kairys, D. (1982 [ed. rev. 1990]), *The Politics of Law*. Nova York: Pantheon.
_____ (1984), "Law and Politics", *George Washington Law Review*, 52.
Kamm, J. (1977), *John Stuart Mill in Love*. Londres: Gordon and Cremonesi.

Kant, Immanuel (1902), *Prolegomena: To Any Metaphysics that Can Qualify as a Science*, trad. ingl. Paul Carus. Illinois: Open Court.
_____ (1930), *Lectures on Ethics*, trad. ingl. Louis Infield, reedição (1979). Indianápolis: Hackett.
_____ (1949), *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*, trad. ingl. Lewis White Beck. Chicago: University of Chicago Press.
_____ (1959 [1785]), *Foundations of the Metaphysics of Morals*, trad. ingl. Lewis W. Beck. The Library of Liberal Arts, Indianápolis: Bobbs-Merrill.
_____ (1960), *Religion Within the Limits of Reason Alone*, trad. ingl. e notas Theodore Green e Hoyt Hudson. Londres: Harper Torchbooks, Harper & Row.
_____ (1965), *Critique of Pure Reason*, trad. ingl. Norman Kemp-Smith. Nova York: St Martins.
_____ ([1797]) 1965), *The Metaphysical Elements of Justice*, trad. John Ladd (1ª parte de *The Metaphysics of Morals*). The Library of Liberal Arts, Indianápolis: Bobbs-Merrill.
_____ (1974), *Anthropology From a Pragmatic Point of View*, trad. ingl. M. J. Gregor. Haia: Martinus Nijhoff.
_____ (1983), "Idea for a Universal History from a Cosmopolitan Point of View", em *Kant on History*, Lewis White Beck (org). Indianápolis: Merrill Publishing Co.
_____ (1991), "On the Common Saying: 'This May Be True in Theory, But it Does Not Apply in Practice'", em Hans Reiss (org.), *Kant, Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
Kantorowicz, Ernst H. (1957), *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*. Princeton: Princeton University Press.
Kaufmann, Walter (1974), *Nietzsche: Philosopher, Psychologist, Antichrist*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
Kelly, J. M. (1992), *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
Kelman, M. (1984), "Trashing" *36 Stanford Law Review*, 293.
_____ *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
Kelsen, Hans (1934), "The Pure Theory of Law: Its Method and Fundamental Concepts: Part I", *Law Quarterly Review*.
_____ (1935), "The Pure Theory of Law: Its Method and Fundamental Concepts: Part II", *Law Quarterly Review*.
_____ (1941), "Law as a Specific Social Technique", *University of Chicago Law Review*, vol. 75.
_____ (1945), *General Theory of Law and State*. Nova York: Russell & Russell.
_____ (1965), "Professor Stone and the Pure Theory of Law", *17 Stanford Law Review*.
_____ (1970), *Pure Theory of Law*, trad. ingl. da 2ª ed. Max Knight. Berkeley: University of California Press.
_____ (1973 [1922]), "God and the State", trad. ingl. P. Heath, em O. Weinberger (org.), *Hans Kelsen – Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht, Holanda: D. Reidel.
_____ (1957, ed. rev. 1971), *What is Justice?: Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley: University of California Press.
_____ (1973), *Hans Kelsen – Essays in Legal and Moral Philosophy*, O. Weinberger (org). Dordrecht, Holanda: D. Reidel.
Kennedy, D. (1976), "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, 89.
_____ (1979), "The Structure of Blackstone's Commentaries", *Buffalo Law Review*, 28.
_____ (1982), "Legal Education as Training for Hierarchy", em Kairys (1982).
_____ e P. Gabel (1984), "Rollover Beethoven", *Stanford Law Review*, 36.
Keynes, J. M. (1919), *The Economic Consequences of the Peace*. Londres: Macmillan.
_____ (1949), *Two Memoirs*. Londres: Rupert-Davis.

Kinsley, David (1975), *The Sword and the Flute: Kali and Krisna, Dark Visions of the Terrible and the Sublime in Hindu Mythology*, Berkely.
Koedt, A. (1970), "The Myth of the Vaginal Orgasm", em L. Tanner (org.), 1970, *Voices from Women's Liberation*. Nova York: Mentor.
Kohlberg, Lawrence (1971), "Stage and Sequence: The Cognitive-Development Approach to Socialization", em David A. Goslin (org.), *Handbook of Socialization Theory and Research*.
_____ (1976), "Moral Stages and Moralization: The Cognitive-Development Approach", em Thomas Lickona (org.), *Moral Development and Behaviour: Theory Research and Social Issues*.
_____ (1981), *The Philosophy of Moral Development*. San Francisco: Harper & Row.
Kolb, David (1986), *The Critique of Pure Modernity: Hegel, Heidegger, and After*. Chicago: Chicago University Press.
Kornhauser, Marjorie (1987), "The Rhetoric of the Anti-Progressive Tax Movement: A Typical Male Reaction", *86 Michigan Law Review*.
Kramer, Mathew (1991), *Legal Theory, Political Theory, and Deconstruction: Against Rhadamanthus*. Bloomington: Indiana University Press.
Krausnick, Helmut Buchheim, Hans Broszat, Martin e Hans-Adolf Jacobsen (1968), *Anatomy of the SS State*. Londres: Collins.
Kronman, A. (1983), *Max Weber*. Londres: Edward Arnold.
Kymlicka, Will (1990), *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*. Oxford: Clarendon.
Lacey, Nicola (1995), "Feminist Legal Theory: Beyond Neutrality", *Current Legal Problems*, Londres.
Latour, Bruno (1993), *We Have Never Been Modern*. Londres: Harvester Wheatsheaf.
Lee, Desmond (1974), "Translator's Introduction" em Platão, *República*, 2ª ed. rev., trad. ingl. Desmond Lee. Harmondsworth: Penguin Classics.
Lee, Keekok (1990), *The Legal-Rational State*. Aldershot: Avebury.
Lee, Simon (1988), *Judging Judges*. Londres: Faber and Faber.
Lenin, VI (1966), *Imperialism: The Highest Stage of Capitalism*. Moscou: Progress Publishers.
_____ (1970), *On the Foreign Policy of the Soviet State*. Moscou: Progress Publishers.
Levinas, Emmanuel (1988), *The Provocation of Levinas Rethinking the Other*, R. Bernasconi e D. Wood (orgs). Londres: Routledge.
Levy, Peter (1975), *The Downfall of the Antisemitic Political Parties in Imperial Germany*, New Haven.
Llewelyn, K. (1961), *The Common Law Tradition*. Boston: Little Brown.
_____ (1962), *Jurisprudence*. Chicago: University of Chicago Press.
_____ e E. A. Hoebel (1941), *The Cheyenne Way*, University of Oklahoma Press.
Locke, Lock (1960), *Second Treatise on Government*, Peter Laslett (org). Cambridge: Cambridge University Press.
Lorde, Audre (1981), "The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House", em C. Morgan e G. Anzaldua (orgs.), *This Bridge Called My Back: Writing by Radical Women of Colour*. Nova York: Kitchen Table Press.
_____ (1984), *Sister Outsider: Essays and Speeches by Audre Lorde*. Trumansburg, Nova York: The Crossing Press.
_____ (1984a), "Uses of the Erotic", em *Sister Outsider*. Trumansburg, Nova York: The Crossing Press.
_____ (1984b), "An Open Letter to Mary Daly", em *Sister Outsider*. Trumansburg, Nova York: Crossing Press.
Lloyd, G. (1984), *The Man Reason "Male" and "Female" in Western Philosophy*. Londres: Methuen.

Luxemburgo, Rosa ([1913] 1951), *The Accumulation of Capital*, trad. ingl. Agnes Schwarzschild. Londres: Routledge.
Lyotard, Jean-François (1984), *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. Manchester: Manchester University Press.
_____ e Thebaud, Jean-Loup (1985), *Just Gaming*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
Maquiavel, Nicolau (1977 [1513]), *The Prince*. Nova York: W W Norton.
MacCormick, N. (1977), "Challenging Sociological Definitions", *British Journal of Law and Sociology*, 4.
_____ (1978), "Dworkin as PreBenthamite", *Philosophical Review*, 87.
_____ (1981), *HLA Hart*. Londres: Edward Arnold.
MacIntyre, A. (1966), *A Short History of Ethics*. Nova York: Macmillan.
_____ (1981), *After Virtue: A Study in Moral Theory* (2ª ed., 1985). Londres: Duckworth.
_____ (1988), *Whose Justice? Which Rationality?* Londres: Duckworth.
MacKinnon, C. (1982), "Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory", em *Feminist Theory*, Keohane, NO *et alii* (orgs). Brighton: Harvester.
_____ (1987), *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
_____ (1989), *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
MacPherson, C.B. (1962), *The Political Theory of Possessive Individualism: From Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press.
Maine, Henery Summer (1893), *Lectures on the Early History of Institutions*. Londres: John Murray.
Marcel, Gabriel (1964), *Creative Fidelity*, trad. ingl. Robert Rostel, Nova York.
Marrus, Michael R. (1989), *The Holocaust in History*. Londres: Penguin.
Marx, Karl (1971), "Preface to the Contribution to the Critique of Political Economy", em *A Contribution to the Critique of Political Economy* (org. e introd. Maurice Dobb). Londres: Lawrence & Wishart.
_____ (1856), "Speech at the Anniversary of the Peoples Paper", em *Collected Works*, The Free Press.
_____ ([1867] 1967), *Capital*, vol. 1. Londres: Lawrence & Wishart.
_____ (1964), *The Economic and Political Manuscripts of 1844*, trad. ingl. M. Milligan, D. J. Struik (org). Nova York: International Publishers.
_____ (1975), "Preface to *A Contribution to a Critique of Political Economy*", em *Earl Writings*, Q. Hoare e R. Livingstone (orgs.), trad. ingl. G. Brown. Nova York: Random House.
_____ e Engels, F. (1978), *The Marx-Engels Reader*, Robert C. Tucker (org.), 2ª ed. Nova York: Norton.
_____ e Engels, F. (1980), *Collected Works*. Nova York: International Publishers.
Matsuda, Mari (1980), "Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature: A Feminist Critique of Rawl's Theory of Justice", *16 New Mexico Law Journal*.
McCaffrey, John C., e Novkov, Julie (1993-94), "The Emperor Wears No Clothes: Life's Dominion and Dworkin's Integrity" (resenha), *Review of Law and Social Change XXI*.
Menkel-Meadow, Carrie (1987), "Excluded Voices: New Voices in the Legal Profession Making New Voices in the Law", *42 U Miami L. Review*.
Milgram, S. (1963), "Behavioral Study of Obedience", *67 Journal of Abnormal and Social Psychology*.
_____ (1974), *Obedience to Authority*. Nova York: Harper & Row.
Mill, John Stuart (1869), *The Subjection of Women*, reedição de 1974. Oxford: Oxford University Press.
_____ (1868), *Dissertations and Discussions*, Boston.

Mill, John Stuart (1965), *On the Logic of the Moral Sciences*, Henery M. Magid (org.), Indianápolis.
_____ (1966), "Autobiography", em *John Stuart Mill, A Selection of His Works*, John Robson (org.), Nova York.
_____ (1974 [1859]), *On Liberty*. Harmondsworth: Penguin Classics.
_____ e Bentham, Jeremy (1987), *Utilitarianism and Other Essays*, Alan Ryan (org). Harmondsworth: Penguin Books.
_____ e Mill, H. T. (1970), *Essays on Sex Equality*, Rossi, A. S. (org). Chicago: University of Chicago Press.
Millet, K. (1985), *Sexual Politics*. Londres: Virago.
Mitchell, J. e Oakley, A. (orgs.) (1976), *The Rights and Wrongs of Women*. Harmondsworth: Penguin Books.
Mixon, Don (1989), *Obedience and Civilization*. Londres: Pluto Press.
Moles, R. (1987), *Definition and Rule in Legal Theory – A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition*. Oxford: Basil Blackwell.
_____ (1992), "The Decline and Fall of Law's Empire", em A. Hunt (org.) (1992), *Reading Dworkin Critically*. Oxford: Berg Publishers.
Monod, Jacques (1972), *Chance and Necessity: An Essay on the Natural Philosophy of Modern Biology*, trad. ingl. A. Wainhouse. Londres: Collins.
Morgan, Robin (org.) (1970), *Sisterhood is Powerful*. Nova York: Random House.
Morison, W. L. (1982), *John Austin*. Londres: Edward Arnold.
Morrison, Wayne (1995), *Theoretical Criminology: from Modernity to Post-Modernism*. Londres: Cavendish.
_____ (1996), "Modernity, Imprisonment and Social Solidarity: Notes on a Bad Relationship", em Roger Mathews (org.), *Prisons 2000*. Londres: Routledge.
Mulhall, S., e Swift, A. (1992), *Liberals and Communitarians*, 2ª ed., 1995. Oxford: Blackwell.
Nehamas, Alexander (1985), *Nietzsche: Life as Literature*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Newman, Stephen (1984), *Liberalism at Wits' End: The Libertarian Revolt against the Modern State*. Ithaca: Cornell University Press.
Newton, John (1962), *The Journal of a Slave Trader 1750-1754*, Bernard Martin e Mark Spurrell (orgs.). Londres: Epworth.
Nietzsche, Friedrich (1888), *The AntiChrist*, em (1968) *The Portable Nietzsche*, org. e trad. ingl. Walter Kaufmann. Nova York: Viking Press.
_____ (1966), *Basic Writings of Nietzsche*, trad. ingl. Walter Kaufmann. Nova York: Random House.
_____ (1886), *Beyond Good and Evil*, em *Basic Writings of Nietzsche*.
_____ ([1888] 1969), *Ecce Homo*, org. e trad. ingl. Walter Kaufmann. Nova York: Vintage Books.
_____ (1882), *The Gay Science*, trad. ingl. Walter Kaufmann. Nova York: Random House.
_____ ([1887] 1969), *The Genealogy of Morals*, trad. ingl. Walter Kaufmann e R. J. Hollingdale. Nova York: Vintage Books.
_____ (1878), *Human All Too Human*, em Basic Writings of Nietzsche.
_____ ([1886-88] 1968), *The Will to Power*, org. e trad. ingl. Walter Kaufmann e R. J. Hollingdale. Nova York: Random House.
Norton, David Faith (1982), *David Hume: A Common-Sense Moralist, Sceptical Metapysician*. Princeton: Princeton University Press.
Nozick, R. (1974), *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Blackwell.

Nye, A. (1990), *Feminist Theory and the Philosophies of Man*. Londres: Routledge.
Oakeshott, Michael (1975), *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon Press.
O'Brien, Mary (1981), *The Politics of Reproduction*. Boston: Routledge & Kegan Paul.
_____ (1989), "Reproducing the World", em *Essays in Feminist Theory*. Boulder, Co: Westview Press.
O'Donovan, K. (1981), "Before and After: The Impact of Feminism on the Academic Discipline of Law", em *Men's Studies Modified*, Spender, D. (org). Oxford: Pergamon.
Offe, Claus (1987), "The Utopia of the Zero-Option: Modernity and Modernization as Normative Political Criteria", *Praxis International 7*.
Okin, S. M. (1980), *Women in Western Political Thought*. Londres: Virgo.
_____ (1989), "Reason and Feeling about Justice", *Ethics*, vol. 99, nº 2.
_____ (1990), *Justice, Gender and the Family*. Nova York: Basic Books.
Olsen, Frances (1984), "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis", *Texas Law Review*, 63.
Pagels, E. (1979), *The Gnostic Gospels*. Nova York: Random House.
Pappe, H. O. (1960), "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era!, 23 MLR.
Parekh, B. (1973), *Bentham's Political Thought*. Londres: Croom Helm.
Parsons, Talcott (1951), *The Social System*. Nova York: The Free Press.
_____ (1970), "On Building Social System Theory: A Personal History", em T. Parsons, *Social Systems and the Evolution of Action Theory*. Nova York: The Free Press (1977).
Pashukanis, E. B. (1978), *Law and Marxism*. Londres: Ink Links.
Pateman, C. (1988), *The Sexual Contract*. Cambridge: Polity Press.
_____ (1989), *The Disorder of Women*. Cambridge: Polity Press.
Paul, J. (1981), *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell.
Pearce e Tombs (1989), "Realism and Corporate Crime", em *Issues of Realist Criminology*. Londres: Sage.
Peller, Gary (1985), "The Metaphysics of American Law", *California Law Review*, 73.
Platão (1900-15), *Opera*, J. Burnet (org). Oxford: Clarendon Press.
_____ (1961), *The Collected Dialogues of Plato*, E. Hamilton e H. Cairns (orgs.). Princeton: Princeton University Press.
_____ (1970), *The Laws*, trad. ingl. Trevor J. Saunders. Harmondsworth: Penguin Books.
_____ (1974), *The Republic*, 2ª ed. rev., trad. ingl. Desmond Lee. Harmondsworth: Penguin Books.
Pock, Max A. (1962), "Gustav Radbruch's Legal Philosophy", 7 *St. Louis University Law Journal*.
Pocock, J. G. A. (1973), *Politics, Language and Time*, Nova York.
_____ (1975), *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Alantic Republican Tradition*, Princeton.
_____ (1985), *Virtue, Commerce and History*, Cambridge.
Popper, Karl (1945), *The Open Society and Its Enemies* (em dois volumes, Vol. I *Plato*; Vol. II *Hegel and Marx*). Londres: Routledge.
_____ (1959), *The Logic of Scientific Discovery*. Londres: Hutchinson.
_____ (1969), *Conjectures and Refutations*. Londres: Routledge and Kegan Paul.
_____ (1976), "The Logic of the Social Sciences", em Adorno, T. W. *et alii* (orgs.), *The Positivist Dispute in German Sociology*. Londres: Heinemann.
Posner, Richard (1981), *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Pound, Roscoe (1907), "Spurious Interpretation", *Columbia Law Review, 7*.
_____ (1921), "A Theory of Social Interests", 15 *Papers and Proceedings of the American Sociological Society*.

Pound, Roscoe (1943), "A Survey of Social Interests", 57 *Harvard Law Review*.
_____ (1954), *Introduction to the Philosophy of Law*, ed. rev. New Haven: Yale University Press.
Radbruch, Gustav (1947), *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg.
_____ (1950), "Legal Philosophy", em *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, trad. ingl. Wilk, K. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
_____ (1950), *Rechtsphilosophie*, Wolf, E. (org.), 4ª ed. (excertos). Trad. ingl. Fuller, Lon, 69 *Legal Education* 484.
Ramakrishna Sri (1974), *The Gospel of Sri Ramakrishna*, trad. ingl. Swami Nikhilananda. Ed. abreviada, Nova York.
Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
_____ (1985), "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs*, 14, 3.
_____ (1985), "Kantian Constructivism in Moral Theory", *Journal of Philosophy*, 77.
_____ (1993), *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press.
Raz, J. (1970), *Concept of a Legal System*. Oxford: Oxford University Press.
_____ (1975), *Practical Reason and Norms*. Londres: Hutchinson.
_____ (1979), *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
Redner, Harry (1982), *In the Beginning was the Deed: Reflections on the Passage of Faust*. Berkeley: University of California Press.
Redpath, T. (1990), *Ludwig Wittgenstein: A Student's Memoir*. Londres: Duckworth.
Rees, John (1977), "The Thesis of the Two Mills", 25 *Political Studies*.
Richards, J. R. (1982), *The Sceptical Feminist*. Harmondsworth: Penguin Books.
Rifkin, Jeremy (1995), *The End of Work: The Decline of the Global Labour Force and the Dawn of the Post-Market Era*. Nova York: Putnam Books.
Robinson, Daniel N. (1989), "Moral and Social Science and Justice", em *Issues in Criminal Justice*, Fred Bauman e Kenneth Jensen (orgs). Charlottesville: University Press of Virginia.
Rorty, Richard (1979), *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton: Princeton University Press.
_____ (1983), "Method and Morality", em N. Haan *et alii* (orgs.), *Social Science as a Moral Enquiry*.
_____ (1989), *Contingency, Irony, and Solidarity*. Cambridge: Cambridge University Press.
Rose, Nikolas (1990), *Governing the Soul: The Shaping of the Private Self*. Londres: Routledge.
Rosen, Stanley (1969), *Nihilism: A Philosophical Essay*. New Haven: Yale University Press.
_____ (1985), *The Limits of Analysis*. New Haven: Yale University Press.
Rothbard, Murray (1982), *The Ethics of Liberty*. New Jersey: Humanities Press.
Rousseau, Jean-Jacques (1973), *The Social Contract and Discourses*, trad. ingl. G. D. H. Cole (ed. rev. por J. H. Brumfitt e John C. Hall). Londres: Dent and Sons, Everyman's Library.
Rumble, Wilfrid E. (1985), *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution*. Londres: The Athlone Press.
Rundell, John A. (1987), *Origins of Modernity: The Origins of Modern Social Theory from Kant to Hegel to Marx*. Cambridge: Polity Press.
Russell, B. (1929), *Mysticism and Logic*. Londres: Allen and Unwin.
Sabine, George H., e Thorson, Thomas (1973), *A History of Political Theory*, 4ª ed. Hinsdale, Illinois: Dryden Press.
Saint-Simon, Henri Comte (1952), *Selected Writings*, F. M. H. Markham (org). Oxford: Basil Blackwell.
Sampford, Charles (1989), *The Disorder of Law: A Critique of Legal Theory*. Oxford: Basil Blackwell.
Sandel, M. (1982), *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
Savigny, F. C.V. (1975), *On the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (1831), trad. ingl. A. Hayward. Nova York: Arno Press.

Seidman, Steven (1983), *Liberalism and the Origins of European Social Theory*. Oxford: Basil Blackwell.
Schauer, Frederick (1991), *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.
Scheppele, Kim Lane (1991), "Facing Facts in Legal Interpretation", em Robert Post (org.), *Law and the Order of Culture*. Berkeley: University of California Press.
Schmitt, Carl ([1992] 1985), Political Theology, trad. ingl. George Schwab. Cambridge, Mass.: MIT Press.
_____ (1976), *The Concept of the Political*, trad. ingl. George Schwab. New Brunswick: Rutgers.
_____ (1985), *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trad. ingl. E. Kennedy. Cambridge, Mass.: MIT Press.
Semple, Janet (1993), *Bentham's Prison: A Study of the Panopticon Penitentiary*. Oxford: Clarendon Press.
Shange, N. (1987), "Interview", *Spare Rib*, maio, pp. 14-8.
Sherry, Suzanna (1986), "Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication", 72 *Virginia Law Review*.
Shklar, Judith (1964), *Legalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Simmonds, Neil (1986), *Central Issues in Jurisprudence: Justice, Laws and Rights*. Londres: Sweet and Maxwell.
Skinner, Q. (1978), *The Foundations of Modern Political Thought*, 2 vols. Cambridge: Cambridge University Press.
Smart, Carol (1989), *Feminism and the Power of Law*. Londres: Routledge.
_____ (1990), "Law's Truth/Women's Experience", em Regina Graycar (org.), *Dissenting Opinions: Feminist Explorations in Law and Society*. Sydney: Allen & Unwin.
Smith, Adam (1976 [1759]), *The Theory of Moral Sentiments*, D. Raphael e A. Macfie (orgs). Oxford: The Clarendon Press.
_____ (1970 [1776]), *The Wealth of Nations*. Harmondsworth: Penguin Books.
Smith, B., e Smith, B. (1981), "Across the Kitchen Table", em *This Bridge Called My Back*, C. Moraga e G. Anzaldua (orgs.). Nova York: Kitchen Table.
_____ (1984), "Between a Rock and a Hard Place", em *Yours in Struggle*, Bulkin, E., M. B. Pratt e B. Smith (orgs). Nova York: Long Haul.
Smith, Norman Kemp (1941), *The Philosophy of David Hume: A Critical Study of Its Origins and Central Doctrines*. Londres/Nova York: MacMillan.
Sófocles (1947), *The Theban Plays* [incluindo *Antígone*]. Harmondsworth: Penguin.
Soltan, Karol (1987), *The Causal Theory of Justice*. Berkeley/Londres: University of California Press.
Stephen, James Fitzjames (1861), *Liberty, Equality, Fraternity*.
Stewart, Iain (1980), "The Basic Norm as Fiction", *Juridical Review*.
_____ (1986), "Kelsen and the Exegetical Tradition", em *Essays on Kelsen*, Tur, Richard e Twining, William (orgs). Oxford: Clarendon Press.
Strauss, Leo (1953), *Natural Right and History*. Chicago: University of Chicago Press.
_____ (1958), *Thoughts on Machiavelli*. Chicago: University of Chicago Press.
Strawson, P. F. (1966), *The Bounds of Sense*. Londres: Methuen.
Stroud, Berry (1978), *Hume*. Londres: Routledge and Kegan Paul.
Summers, Robert (1971), "The Technique Element in Law", *California Law Review*, vol. 59.
Tanner, L. (org.) (1970), *Voices from Women's Liberation*. Nova York: Mentor.
Taylor, Charles (1975), *Hegel*. Cambridge: Cambridge University Press.
_____ (1979), *Hegel and Modern Society*. Cambridge: Cambridge University Press.

Taylor, Charles, (1985), *Philosophical Papers*, vols. 1 e 2. Cambridge: Cambridge University Press.
_____ (1990), *Sources of the Self*. Cambridge: Cambridge University Press.
Taylor, H. (1983), *The Enfranchisement of Women*. Londres: Virago.
Teubner, G. (1987), "Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions", em G. Teubner (org.), *Juridification of Social Spheres*. Berlim: Walter de Gruyter.
Thompson, E. P. (1983), *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*. Londres: Allen Lane.
Thompson, W. (1983), *Appeal of One Half of the Human Race, Women, Against the Pretensions of the Other Half, Men, to Retain Them in Political, and Thence in Civil and Domestic Slavery*. Londres: Virago.
Trotsky, Leon (1994 [1939]), *Their Morals and Ours: The Moralists and Sycophants Against Marxism*, Union Books.
Trubek, D. H. (1977), "Complexity and Contradiction in the Legal Order", *Law and Society Review*, 11.
Tuck, Richard (1991), "Introduction", em Hobbes, *Leviathan*, Cambridge Texts: The History of Political Thought. Cambridge: Cambridge University Press.
Tur, Richard (1986), "The Kelsenian Enterprise", em *Essays on Kelsen*, Tur, Richard e Twining, William (orgs.). Oxford: Clarendon Press.
Tushnet, M. (1984), "Perspectives on Critical Legal Studies", *George Washington Law Review*, 52.
_____ (1986), "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings", *Journal of Legal Education*, 36.
Unger, R. M. (1975, 2ª ed. rev. 1984), *Knowledge and Politics*, Nova York.
_____ (1976), *Law in Modern Society*. Nova York: Free Press.
_____ (1982), "Critical Legal Studies", *Harvard Law Review*, 96.
_____ (1984), *Passion: An Essay on Personality*. Nova York: Free Press.
_____ (1986), *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
_____ (1987), *Social Theory: Its Situation and Its Task: A Critical Introduction to Politics, A Work in Constructive Social Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
_____ (1987b), *Politics, A Work in Constructive Social Theory, vol. 2, False Necessity Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
Vaihinger, Hans (1965), *The Philosophy of "As-If": A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*. Londres: Routledge and Kegan Paul.
Vattimo, Gianni (1992), *The Transparent Society*. Cambridge: Polity Press.
Vernant, Jean-Pierre (1982), *The Origins of Greek Thought*. Londres: Methuen.
Vico, G. (1968), *The New Science*, trad. ingl. T. G. Bergin e M. H. Fisch, Nova York.
Voegelin, Eric (1975), *From Enlightenment to Revolution*, John Hallowell (org.). Durham: Duke University Press.
Wagner, Peter (1994), *A Sociology of Modernity: Liberty and Discipline*. Londres: Routledge.
Waltzer, M. (1983), *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. Nova York: Basic Books.
Wardle, M. (!951), *Mary Wollstonecraft: A Critical Study*. Londres: Richards Press.
Weber, Max (1947), *The Theory of Social and Economic Organizations*, trad. ingl. Talcot Parsons e A Henderson. Nova York: Free Press.
_____ ([1917] 1949), "The Meaning of Value Freedom in Sociology and Economics", reeditado em *The Methodology of Social Sciences*, trad. ingl. A. E. Shils e H. A. Finch. A. E. Shils, Glencoe, Ill: Free Press.
_____ (1966), General Economic History (compilado por S. Hellman e M. Palyi a partir de anotações de alunos das conferências de 1919-20, "Outlines of Universal Social and Economic History"). Nova York: Collier.

_____ (1970), *From Max Weber*, H. Gerth e C. Wright Mills (orgs.). Londres: Routledge.
_____ (1974), *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. Londres: Allen and Unwin.
_____ (1978), *Economy and Society*, 2 vols. Berkeley: University of California Press.
_____ (1984), "Legitimacy, Politics and the State", em W. Connolly (org.), *Legitimacy and the State*. Oxford: Basil Blackwell.
Wellershoff, Dieter (1985), "Germany – A State of Flux", em *Observations on "The Spiritual Situation of the Age"*, Jurgen Habermas (org.). Cambridge, Mass.: MIT Press.
West, Robin (1988), "Jurisprudence and Gender", 55 *University of Chicago Law Review*.
Whelan, Frederick G. (1985), *Order and Artifice in Hume's Political Philosophy*. Princeton: Princeton University Press.
White, James Boyd (1986), "Is Cultural Criticism Possible?", *Michigan Law Review*, 84.
_____ (1987), "Thinking About Our Language", *Yale Law Journal*, 96.
Williams, Bernard (1978), "A Critique of Utilitarianism", em *Utilitarianism: For and Against*. J. J. Smart e B. Williams, Cambridge: Cambridge University Press.
Williams, Joan (1989), "*Deconstructing Gender*", 87 *Michigan Law Review*.
Williams, Patricia. (1991), *The Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Wittgenstein, L. ([1921] 1961), *Tractatus Logico-Philosophicus*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
_____ (1958), *Philosophical Investigation*. Oxford: Blackwell.
_____ (1969), *On Certainty*. Oxford: Blackwell.
Wolfenden Report (1957), *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmnd 247. Londres: HMSO.
Wollstonecraft, M. (1787), *Thoughts on the Education of Daughters: With Reflections on Females Duties, in the More Important Duties of Life*. Londres: Joseph Johnson.
_____ (1789), *A Vindication of the Rights of Woman*, reimpresso em 1967. Nova York: Norton.
Wood, Gordon S. (1969), *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill.
Wright, lorde (1946), "War Crimes Under International Law", 62 LQR.

Índice remissivo

Aborto, 583, 590-4, 599
Acton, 169
Administração social, 255, 474
Agnosticismo, 252
Agostinho, santo, 69-76
Alemanha nazista, 344, 353, 525, 527; *ver também* Holocausto
Alexandre, o Grande, 60
Alma, 52, 61-2, 390
Altruísmo, 448
Antígona, 24-31
Anti-semitismo, 356-7, 360-1
Antropologia, 33, 538-40
Aquino, Santo Tomás de, 76-84, 111-2
Arendt, Hannah, 370
Aristóteles, 24, 32
  almas, 50-2
  Bacon, sir Francis, 95
  bem, 50-1
  Cícero, 63-4
  cidade-Estado, 49-50, 56
  convenções, 54
  empirismo, 48-9, 53, 58
  escolha, 55
  escravidão, 203-5
  essência, 49
  ética, 48-52
  Ética a Nicômaco, 50, 57, 79
  felicidade, 52-3
  governantes, 56
  governo autônomo, 57
  Hegel, 203-5
  hierarquia de fins, 50-2
  filosofia do direito, 48
  justiça, 56-8
  justiça natural, 58
  Kelsen, 457
  liberalismo, 54
  MacIntyre, 488-9
  moral, 52, 58
  natureza, 203-4
  Platão, 44, 48, 57
  Política, 57
  prazer, 53
  racionalidade, 52, 58
  razão, 55
  Santo Tomás de Aquino, 76-7, 82
  sociedade, 48-57
  teleologia, 49
  verdade, 32, 62
  virtude, 54
Arjuna, 22
Armada Espanhola, 92
Arndt, Ernst Moritz, 358
Arquimedes, 66-7
Ascetismo, 69-71
Assédio sexual, 587-8
Auden, W. H., 1, 3
Austin, John, 258-89
  administração social, 255
  aristocracia, 254, 256
  autoridade, 273-4
  Bauman, 276
  bem comum, 264, 274
  Bentham, 255, 258, 276, 280-1, 285, 288
  ceticismo, 283
  Chisick, 276
  ciência, 259, 270-2, 289
  ciência social, 271
  classe, 254-6

codificação, 286-7
Comte, 269
conhecimento, 254-7, 269, 275, 288
Constituições, 255
contexto, 261, 265
Cotterrell, 267
criação judicial do direito, 284-7
Declaração de Direitos e Garantias (*Bill of Rights*), 281
desejos, 287
despotismo, 277
Deus, 280
direito, definição do, 272-3
direito civil, 281-3
direito internacional, 283-7
direito natural, 273, 277-8
direito penal, 266-7
direito romano, 256
direitos humanos, 264, 277-8
Dworkin, R., 496-7
educação, 255-7
empirismo, 272
epistemologia, 265-9
ética, 274, 287
filosofia analítica, 258-72
filosofia do direito, 258-89
governantes, 273, 280-2, 284-6
governo, 255-7, 259, 268, 272-3, 276, 281-6
Guerra Civil Inglesa, 279
Hart, 261, 265, 271, 421-8, 438, 443, 452
Hobbes, 254, 269, 283, 287-9
Holocausto, 374
Hume, 264, 288
Iluminismo, 276
imparcialidade, 274
indução, 270-1
instituições, 276
interpretação, 258-89
judiciário, 284-7
justiça, 257
justiça social, 274-7
Kant, 283
Kelsen, 389, 391, 394, 411
legalidade, 265, 284
liberalismo, 277, 289
linguagem, 283
Locke, 288
Maine, 261, 267
Malthus, 275-7
Marx, 299, 302
metodologia, 258-62, 270
Mill, 251, 289
modernidade, 253-7, 260, 270
moral, 273, 283-7
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 543
nação-Estado, 273
objetividade, 271-2
opinião pública, 282-3
pesquisa, 270-1
poder, 274, 284
Popper, 270-2
população, 274-7
positivismo, 269-74
positivismo analítico, 262-4
positivismo jurídico, 6-7, 253-69
princípios, 261
psicologia, 287
punição, 254, 277
razão, 257
reforma, 255, 275-6
regras, 261
Revolução Francesa, 255
Rousseau, 283
Rumble, 261
sanções, 281, 283-4, 287
separação dos poderes, 285
síntese, 264, 268
soberania, 264, 267-8, 277-83
sociologia, 265-9, 279
superioridade, 257, 274
tomada de decisões, 285-6
Unger, 562
União Européia, 280
utilitarismo, 11, 272, 280-3, 287-9
verdade, 275, 289
vontade geral, 282
Weber, 267-8
Autonomia, 155-6, 184, 196
Autoridade, 84-5, 248, 364, 386, 398-9

Bacon, sir Francis, 95-6, 101, 116
Balfour, James, 218

Bartlett, Katherine, 578
Bartoszewski, 451
Baumann, 276, 355, 358, 367
Beccaria, 174, 176
Bem; *ver também* Virtude
Aristóteles, 50
comunitarismo, 491-2
condenação, 174-7
Hegel, 210
Kant, 170-7
MacIntyre, 488-90
o correto, 171-7, 491-3
punição, 174-7
Rawls, 492-3
Sandel, 486
Bem comum, 42, 190, 264, 274, 370
Bentham, Jeremy
Austin, 255, 258, 276, 280-1, 285, 288
Blackstone, 223
cálculo do prazer e da dor, 228-9
conhecimento, 234
contrato social, 225
controle, 234-6
criação judicial do direito, 285
democracia, 232
Deus, 225
direito, 225-32
direitos humanos, 234
egoísmo, 224, 232
ética, 230
expectativas legítimas, 225
felicidade, 230-3, 235
governantes, 226-7, 232
Hume, 224
Igreja, 232
interesse, 222
jurisprudência, 221-36
justiça, 234
Kant, 171, 174
Kelsen, 410-1
Legislativo, 227-9
Marx, 299
Mill, John Stuart, 235-8, 241
moral, 221-5
natureza, 222
panóptico, 232-4
positivismo jurídico, 225-6
propriedade, 231-2
punição, 227, 230-1, 233
radicalismo, 231-2
Rawls, John, 234
razão, 222
reforma, 231-2
religião, 222
sanções, 227-8
Smith, 235
solidariedade, 235
subjetividade, 222
totalitarismo, 234
utilitarismo, 174, 221-36
vida social, 232
visibilidade, 234-6
Blackstone, sir William, 223
Blade Runner, 12-4
Buchheim, Hans, 359
Burocracia, 318, 322, 328, 383, 388

Camus, Albert, 14
Capital, 215
Capitalismo
Estados nacionais, 329
legalidade, 329
Marx, 294, 308, 311-2, 316-22
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 538
Nozick, 478, 482
pós-capitalismo, 322-3
Smith, 213-21
tradição, 616
Weber, 326, 329, 332
Carisma, 341, 357-8
Casamento, 580
Cavafy, 70
Centralismo, 45-6
Ceticismo, 62-3
Austin, 283
Cícero, 63
Descartes, 96
Dworkin, R., 531
epistemologia, 136-7
fé, 68
Hart, 455
Hume, 122, 129, 134, 137

Kant, 157
liberalismo, 250
Mill, 250
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 535-69
racionalismo, 96
Rawls, 473
Santo Agostinho, 68
Chisick, 276
Cícero de Arpino, 63-5
Ciência
Austin, 259, 270-2, 289
direito, 208 .
Hart, 452-3
Hegel, 209
Kant, 160-1
Kelsen, 396-7, 402, 458-9
Lyotard, 622
Marx, 306-10
Mill, 237, 249-50
objetividade, 270
religião, 184, 209
Rousseau, 184
sociedade, 249-50
Weber, 341-2
Ciência social, 135, 271, 296, 497
Classes
aristocracia, 254-6
Austin, 254-6
economia, 299-300
Marx, 293, 299, 300, 309-11, 323
operariado, 311, 313, 316, 318-9, 335-6
Platão, 44
Revolução Francesa, 199
Weber, 334
Codificação, 286
Coerção
Dworkin, R., 502-3
Hart, 418, 454
Kelsen, 383, 394-5
Kennedy, 556
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 551
Nozick, 480
Weber, 330
Coesão social, 248
Coleridge, Samuel Taylor, 250
Comte, Auguste, 250, 269
Comunicação, 466-7
Comunismo, 292, 296, 311, 319-22
Comunitarismo
Dworkin, R., 533-4
MacIntyre, 488-90
Mill, 251
o bem, 491-2
o justo, 491-2
Sandel, 486-7
Taylor, 487-8
Unger, 563
Condenação, 174-7
Conformidade, 246
Conhecimento
a posteriori, 160
a priori, 160
Austin, 254-7, 269, 275, 288
Bacon, 95-6, 116
Bentham, 234
céticos, 62
Cícero, 63
Dworkin, R., 498
fatos, 128-9
fé, 165
governo, 621
Hegel, 199, 208-9, 211
Hobbes, 103
Hume, 125, 127-9, 150
idéias, 128-9
Kant, 156, 160, 165-7
Kelsen, 410
liberdade, 211, 335-6
metodologia, 116
modernidade, 339-40
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 539-41
mudança social, 150
Nietzsche, 348
papel social, 208-9
Platão, 35-6, 38-9
poder, 116, 348
razão, 127
Rousseau, 190
Santo Agostinho, 68

tradição, 125
Weber, 335-7, 339-40
Consciência, 217
Constituições
Austin, 255
Dworkin, R., 541
Estado, 198-200
Estados Unidos, 17
Hegel, 202-3
Kelsen, 400
Marx, 316-8
Contexto, 261, 265
Contrato social
Bentham, 225
existencialismo, 21
governo, 188
Hegel, 196-7, 208
Hobbes, 111-2, 126, 208
justiça, 187-8
legitimidade, 187-8
Locke, 474-6
modernidade, 187
Nozick, 474-6
Rousseau, 153-93
verdade, 187
vontade geral, 189-91
Contratos, 109-11, 126; *ver também* contrato social
Controle, 234-6
Controle social, 150-1
Convenções, 54, 450-1, 519
Cornell, Drucilla, 607
Correto, o
comunitarismo, 491-2
condenação, 174-7
justiça, 491-2
Kant, 170-7
o bem, 170-7
punição, 174-7
Rawls, 491-2
Sandel, 491
Cotterrell, 5, 9, 267, 522
Creonte, 25-9
Criatividade, 343
Cristianismo, *ver também* Deus
Deus, 59-86
Igreja, 83, 232, 349
Império Romano, 74-6
justiça, 458-60
Kelsen, 458-60
Maquiavel, 88
nações-Estados, 97
natureza, 59-86
poder, 59-86
Critérios, 47, 246
Culpa, 167
Cultura
costumes, 535, 562
feminismo, 594-605
Nozick, 484
religião, 11
tribalismo, 623-5

Dano, 239, 242, 247-8
De Beauvoir, Simone, 590-1
Decisões, tomada de
Austin, 285-6
Dworkin, R., 17, 507, 510-1, 514, 520-1
feminismo, 577, 597-9
Fuller, 464
judiciário, 508-21
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 554
Rawls, 471-3
Weber, 332
Delito, 242, 247-8 (offence)
Delitos, 167-9, 407
Democracia, 41, 232, 364-6, 375, 395, 412
Dependência, 193
Derrida, Jacques, 626
Descartes, René, 96
Desconstrução
compreensão equivocada, 625-7
Deus, 628
eu, 131-2
humanismo, 626
Hume, 129-30
uso de métodos eticamente duvidosos, 627-9
Desobediência civil, 29
Despotismo, 277
Determinismo, 141, 146

Deus, 7, 11
amor, 71, 75
Austin, 280
Bentham, 225
desconstrução, 628
Dworkin, R., 498
escatologia, 71
Estado, 82-3
estoicismo, 60-1
felicidade, 76, 82
governantes, 85
graça, 71, 82
Hegel, 211-2
Hobbes, 93, 99-103, 111-2, 116
Holocausto, 372
Hume, 134-6
Kant, 156, 178
Kelsen, 388-90, 409, 458-60
lei divina, 82
Marx, 291-2, 301
modernidade, 11
mortal, 111-2
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 565, 568-9
natureza, 59-86
Nietzsche, 212, 344-6
niilismo, 135
poder, 59-86, 112
prova, 94
razão, 72, 103
Rousseau, 192
sagrado, 22-4
Santo Agostinho, 71-7
Santo Tomás de Aquino, 76-7
Smith, 219
vontade, 73-4, 76
Deutsche, Isaac, 355
Devlin, 243
Dialética, 195, 209-10, 292-4
Dice, 24, 30
Dignidade, 158, 172, 174
Dipper, Christof, 362
Direito, *ver também* Direito civil, direito e economia, Elaboração da Lei, Direito natural
ambição, 207
aspecto "externo", 442-4
aspecto "interno", 442-4
criminal, 232-4
definição, 3-7, 9, 226, 273
direção, 206-7
Estado, 246-7
finalidade, 229
não escrito, 246
positivo, 219-21
reconhecimento, 3
sociedade, 291-323
Direito, estado de
Dworkin, R., 499, 502-3
Hart, 419
Holocausto, 371-2, 375
Kafka, 617-8
Unger, 559
Weber, 326
Direito civil, 112, 232, 282-3
Direito e economia, 16-8
classes, 299-300
determinismo, 299-300
Marx, 298-300, 310
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 622
Posner, Richard, 11
Direito eterno, 80-1
Direito internacional, 283-7, 373
Direito natural, 61
Antígona, 28
Austin, 273-8
criação de leis, 84
direito civil, 112
empirismo, 58
existencialismo, 85-6
Fuller, 460, 464, 467
Grécia, 23-41
Hart, 447-52
Hegel, 211-2
Hobbes, 107, 116-7
Holocausto, 371-4
Hume, 139-40
justiça, 72-4
Kelsen, 387
Marx, 297, 303-4, 313-4
mistificação, 85-6

natureza, 33
Nietzsche, 86
ordem social, 116-7
Platão, 42-3, 47-8
positivismo jurídico, 28, 138
racionalidade, 79
Santo Agostinho, 67-9, 72-4
Santo Tomás de Aquino, 77 82, 85-6
secular, 106-11
segurança, 85-6
teologia, 67-9
Weber, 336-8
Direito romano, 63-4, 256
Direitos e Garantias, Declaração de (*Bill of Rights*), 281
Direitos humanos
Austin, 264, 277-8
Bentham, 234
Dworkin, R., 510-2
existencialismo, 20-1
Locke, 483-4
Marx, 315
Mill, 236-8
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 543-4, 552-3
Nozick, 477-8, 483-4
Direitos individuais, *ver* Direitos Humanos
Disciplina, 241, 246, 338-9, 367-9
Dissuasão, 172
Diversidade, 10
Douzinas, 30
Druckner, Peter, 322
Dryden, John, 87
Dualismo, 194-5
Durkheim, Émile, 409
Dworkin, Andrea, 588, 606
Dworkin, Ronald
Austin, 496-7
casos difíceis, 508-10, 512
ceticismo, 531
ciência social, 497
coerção, 502-3
coerência, 508-10
comunitarismo, 533-4
conhecimento, 498
constitucionalismo, 541
convenções, 519
costumes, 533
Cotterrell, 522
criação de direito, 512-3, 521-2
criatividade judicial, 503-4
críticas, 521-2
desencanto, 499-500
direitos humanos, 510-2
epistemologia, 497, 513
escolha, 508
estado de direito, 499, 502-3
Estados Unidos, 496, 510, 516
ética, 495-6
expressionismo, 502
feminismo, 592-3
Fuller, 495, 500, 519-20, 533
fundamentação, 518
Gadamer, 498
globalização, 616
gramática, 505-7
Guest, 501
Hart, 495-7, 502-5, 528-9
Hegel, 501
hermenêutica, 499, 524, 528
identidade, 17
Iluminismo, 497
interpretação, 522-34
intuição, 523
justiça, 497
Kant, 501
Kelsen, 496
legalidade, 503, 523
legislação, 505
liberalismo, 500
metafísica, 533-4
metodologia, 497, 499-503, 513
Mill, 252
modernidade, 497, 517-8, 533
moral, 522, 525, 533
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 496, 554-5
nazistas, 525, 527
Nietzsche, 501, 524
niilismo, 499
O império do direito, 495-34
objetividade, 498-9

poder discricionário, 508
política, 498-9
positivismo, 497, 500-1, 525
positivismo jurídico, 17, 496-9, 504-5, 510, 520, 523
pós-modernidade, 499-503, 513
pragmatismo, 519, 524
precedente, 504, 508
raciocínio, 503
racionalidade, 523
regras, 508-10
relativismo, 525-6
religião, 534
solução de litígios, 505-10
tomada de decisões, 17, 507, 510, 513, 522
tradição, 496
transparência, 497

Economia, *ver* Direito e Economia
Édipo, 25
Educação, *ver também* Treinamento
Austin, 255-7
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 541-3
Platão, 43-5
verdade, 43-5
Egoísmo
Bentham, 224, 232
Nozick, 485
Rawls, 471
Smith, 215
Weber, 330, 332
Elitismo, 45-6, 47
Emancipação, 319
Empirismo
Aristóteles, 48-9, 53, 58
Austin, 272
Bacon, 95-6
direito natural, 58
Hobbes, 104
Hume, 123, 151-2
Kant, 156-7, 160-2
Kelsen, 398-403
Engels, Friedrich, 291, 307, 309-11
Engenharia social, 20, 358-61
Epicteto, 60-1
Epistemologia
Austin, 265-9
ceticismo, 136-7
Dworkin, R., 497, 513
feminismo, 576
Hobbes, 100, 116-7
Hume, 132, 137, 142-4, 153
Kelsen, 389-91, 402
Marx, 318
Mill, 249
ordem social, 100-1
Wittgenstein, L., 432
Escatologia, 71, 115-6
Escolha
Aristóteles, 55
Dworkin, R., 508
Hume, 124-5
Kafka, 618
Mill, 243-4
Rawls, 492
Shakespeare, 87-8
Escravidão, 85, 203-5, 610
Essência, 49
Estado
constitucionalidade, 198-200
Deus, 82-3
família, 28
feminismo, 585
Hegel, 196-8, 210
interesses, 29-30
Kelsen, 383, 388-91, 408-9
legitimidade, 83
MacKinnon, 584-5
Marx, 292-3, 304, 306, 311-15, 321
masculino, 30
mínimo, 476-8
Nozick, 476-8, 483
opinião pública, 210
ordem jurídica, 383
positivismo jurídico, 8
psicologia, 409
racionalidade, 210
Santo Agostinho, 73
Santo Tomás de Aquino, 82-4
Estados Unidos
Constituição, 17

Dworkin, R., 496, 510, 516
feminismo, 601, 603-4
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 540-3
Nozick, 475, 484
realismo jurídico, 113
Estoicismo, 60-1, 64, 72, 388-96
Estudos Jurídicos Críticos, Movimento dos, 15
antropologia, 538-40
Austin, 543
capitalismo, 538
ceticismo, 535-69
coerção, 551
conhecimento, 539-41
contradição fundamental, 555-6
definição, 539-40
Deus, 565, 568-9
direito e economia, 622
direitos humanos, 543-4, 552-3
Dworkin, R., 496
educação, 541-3
Estados Unidos, 540-3
experiência, 554
feminismo, 604
fundamentação, 565
Gabel, 558
Gordon, 542, 552-3
Hart, 543, 549
hermenêutica, 544
Hobbes, 553, 558, 569
igualdade, 549-50
interpretação, 552-3
justiça, 547-8
Kennedy, 543, 547, 553, 555-6
Keynes, 535-8
legalidade, 568
legislação, 549
Lévi-Strauss, 538-40
liberalismo, 544, 548-55, 556, 566-8
linguagem, 558
Luxemburgo, 537
marxismo, 548-50
modernidade, 538, 544, 554, 567-8
niilismo, 566, 568
ontologia, 565
ordem social, 543-4
origens, 540-1
política, 549-55
positivismo, 544, 546-7, 555, 566
positivismo jurídico, 17
racionalidade, 536, 546-8, 558
razão, 547, 567-8
reificação, 552-5
Rousseau, 193
suspeita, 535-69
tomada de decisões, 554
transformação, 558-64
Unger, 547, 549, 558-64
vida social, 549, 552, 557, 622
Weber, 567-8
Williams, P., 545-8, 556-7
Estudos sociojurídicos, 5-6
Ética, 30; *ver também* Moral
Austin, 274, 287
Bentham, 230
Dworkin, R., 495-6
Hegel, 193-212
Hobbes, 116-9
Hume, 153
Kant, 179
legalidade, 117
Maquiavel, 88-9
Mill, 246
Eu
desconstrução, 131-2
feminismo, 598-9
hedonismo, 623-5
Hume, 131-2, 137-9, 153
Kant, 156-7
Marx, 319
racionalismo, 131
Rousseau, 185-6
teoria social, 151-2
Ética a Nicômaco, 50, 57, 79
Eugenia, 359-60
Eunomia, 24
Existencialismo, 19-33, 85-6, 218-9
Exploração, 318-9, 322-3
Expressionismo, 312, 502

Família, 29, 572-3
Fé
Aristóteles, 68

ceticismo, 68
conhecimento, 165
Deus, 77
Hobbes, 100, 104, 114-5, 119
Kant, 164-5
Marx, 318-9
moral, 164
Santo Agostinho, 70-1
Santo Tomás de Aquino, 76-7
Smith, 218-9
Felden, Klemens, 356-7
Felicidade
Aristóteles, 52-3
Bentham, 230-3, 235
Deus, 76, 82
Hegel, 195
justiça, 457-8
Kelsen, 457-8
liberdade, 195
Marx, 306
Mill, 237-8
prazer, 52-3
Santo Tomás de Aquino, 76
Feminismo
aborto, 583, 590-4, 599
assédio sexual, 587-8
Bartlett, 578
casamento, 579-80
controle de natalidade, 590-4
Cornell, 607
cultural, 579, 594, 605
De Beauvoir, 590-1
definição, 571-2
dominação, 572-6
Dworkin, A., 588, 606
Dworkin, R., 592-3
epistemologia, 576
escolas, 578-605
escravidão, 610
Estado, 585
Estados Unidos, 601, 603-4
eu, 598-9
família, 572-3, 582
Firestone, 590
Freud, 575
Gilligan, 594-602
humanismo, 607-8
igualdade, 586
imparcialidade, 585
Irigaray, 607
filosofia do direito, 571-612
justiça, 572-6, 582, 598
Kohlberg, 595
Lacey, Nicola, 581-2
legalismo, 592-4
liberalismo, 15, 579-83, 586, 592-4, 602-4
liberdade, 602
Lorde, Audre, 610
MacKinnon, 583-9, 589, 593, 601
Marx, 584
medos, 606-8
metodologia, 578-9
Mill, 580, 586
mitologia, 574-5
modernidade, 584-5, 590, 612-3
moral, 595-602
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 604
mulheres afro-americanas, 608-11
patriarcalismo, 572-6
poder, 576, 583
pornografia, 583, 587-8
pós-modernidade, 611-3
punição, 596-7
racionalidade, 578
radical, 579, 583-90, 604-5
Rawls, 582
razão, 597
Rousseau, 575
Smart, Carol, 588-9, 600
solução de litígios, 577
subjetividade, 580, 608-11
submissão, 30
tecnologia, 590-4
teoria da diferença, 594-505
The Declaration of Sentiments, 579
tomada de decisões, 577, 598-600
tradição, 576
West, R., 602
Feuerbach, 302, 319
Fienberg, Joel, 247
Filosofia

Antígona, 30-1
Cícero, 63
Cotterrell, 9
estoicismo, 60-1
existencialismo, 32-4
Grécia, 24-8, 32-4, 60
história, 74-6
Hobbes, 117
Maquiavel, 89-90
mitologia, 23
razão, 129-30
redundância da, 151-3
retórica, 63
Santo Agostinho, 69, 74-6
Santo Tomás de Aquino, 76-7
teologia, 69
Filosofia analítica, 254-6, 414-5
Filosofia do direito
definição, 1-2
esfera de ação, 1-2
Hume, 123-5
modernidade, 4-11
Finnis, John, 14
Firestone, Shulamith, 590
Fish, Stanley, 617
Forbes, Duncan, 145
Formalismo, 341-2, 382, 389-91
Freud, Sigmund, 349, 575
Fuller, Lon
aspirações, 462-3, 534
comunicação, 466-7
direito natural, 460, 464, 467
Dworkin, R., 495, 500, 519-20, 533
Hart, 454, 461, 465
Holocausto, 376-9
legalidade, 460-3
legisferação, 464-5
modernidade, 467
moral, 462, 464-6
positivismo, 466
progresso social, 462
Raz, 466
regras, 462, 464-5
sociologia, 461
tomada de decisões, 464
vida social, 462
Funcionalismo, 134-5, 428-35
Fundamentação
Dworkin, R., 518
Hume, 134
Kelsen, 397, 410
Marx, 301
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 565
Wittgenstein, L., 435

Gabel, Peter, 558
Gewirth, Alan, 490
Gilligan, Carol, 594-602
Goethe, Johann, 359
Goldhagen, Daniel, 355-7, 361-3
Gordon, Robert, 542, 552-3
Governantes
abolição, 232
Aristóteles, 56
autoridade, 84-5
Bentham, 226-7, 232
Deus, 85
Grécia, 34-5
Hart, 423-5
Hegel, 202-8
Hobbes, 100-3, 111-2, 117
Kafka, 620
Maquiavel, 87-90
pecado, 107
Platão, 43-5, 47
poder, 112-5
Rousseau, 188-9,192-3
virtude, 88
vontade, 189-208
Governo
Austin, 255-7, 259, 268, 272-3, 276, 281-6
autônomo, 57
conhecimento, 621
contratos sociais, 188
controle social, 150-1
despotismo, 277
legitimidade, 188, 196
Nozick, 474, 483
Rousseau, 188-9
Gramsci, Antonio, 310
Grécia
Alexandre, o Grande, 60

Antígona, 24-8
Aristóteles, 24, 32
cidades-Estados, 34-6
clássica, 19-31
Dice, 24
direito natural, 23-41
Eirene, 24
Eunomia, 24
existencialismo, 24-8, 32-4
filosofia, 24-34, 60-1
governantes, 34-5
Hegel, 28, 200
individualismo, 200
justiça, 24
literatura, 24-8
Métis, 23
mitologia, 23, 32
moral, 24
Nietzsche, 350
Platão, 24, 32, 36-8
racionalidade, 60-1
Têmis, 23-4
Zeus, 23-4
Guerra Civil Inglesa, 279
Guest, Stephen, 501

Hart, H. L. A.
altruísmo, 448
aspecto "externo" do direito, 442-4
Austin, 261, 265, 271, 421-8, 438, 443, 452
autoridade, 422
ceticismo, 452-5
ciência, 452-3
coerção, 418, 454
compreensão, 449
convenções, 450-1
Devlin, 243
direito natural, 447-52
Dworkin, R., 495-7, 502-5, 528-9
existencialismo, 20-1
formalismo, 452-5
Fuller, 454, 461, 465
funcionalidade, 428-35
governantes, 423-5
Holocausto, 376-80, 451
identificação, 446
igualdade, 447
Kelsen, 441, 445
legalidade, 418, 421-2
linguagem, 421-2, 428-36, 454
metodologia, 425, 445
Mill, 242
modernidade, 419, 426
moral, 451
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 537, 549
Nietzsche, 351
normas, 445
obediência, 440-1
obrigações, 418, 438
positivismo analítico, 427
positivismo jurídico, 4-5, 8, 417-55, 626
estado de direito, 419
punição, 424
raciocínio, 452-5
racionalidade, 427
reconhecimento, 435, 440, 442-7
recursos, 447
regras, 423-8, 436-44, 626
regulamento, 436-7
risco, 447
sanções, 418, 426-7, 450
sistema jurídico, 438-40, 446-7, 448-9
soberania, 446
sociologia, 419-20, 428-36
Teoria Imperativa, 423-8
The Concept of Law, 417-28, 441, 447, 452
validade, 444-7
Weber, 428
Wittgenstein, L., 428-38
Hedonismo, 623
Hegel, Georg
advertência, 200-1
Aristóteles, 203-5
autonomia, 196
bem, 210
ciência, 209
conhecimento, 199, 208-9, 211
constitucionalidade, 202
contrato social, 196-7, 208
desenvolvimento jurídico, 206
Deus, 211-2

dialética, 195, 209-10
direito, 206-7
direito natural, 211-2
dualismo, 194-5
Dworkin, R., 501
escravidão, 203-5
Estado, 196-8, 210
ética, 193-212
felicidade, 195
Fenomenologia do espírito, 200
Filosofia do direito, 196
governantes, 202-8
Grécia, 28, 200
história, 195, 200, 202, 205-6, 209, 212
Hobbes, 196, 203, 208
identidade, 203-5
individualismo, 199, 211
justiça social, 194
Kant, 194
Kelsen, 385
legalidade, 202
legitimidade, 196-7, 204
liberalismo, 212
liberdade, 195-7, 202, 204, 210
Locke, 196
Marx, 298, 301-6
modernidade, 195-6, 201, 209-12
moral, 196-7
Nietzsche, 211-2
opinião pública, 210
ordem social, 196-7
papel social, 208-9
pecados, 208
positivismo jurídico, 212
racionalidade, 205-6, 210-2
razão, 202, 210
reconciliação total, 193-212
religião, 208, 210
Revolução Francesa, 199
romantismo, 200-1
Rousseau, 195-8
sabedoria, 616
síntese, 194
soberania, 196, 202, 208
sociabilidade, 200
subjetividade, 200, 204-5
teoria social, 199-200
totalidade, 194-5, 199, 208
tradição, 209-10
utilitarismo, 196, 201
verdade, 207
vida social, 197-200
vontade geral, 197-8
Weber, 335-8
Heidegger, Martin, 8
Herrschaft, 330
Híeron, 65-6
Hinduísmo, 22-3
História
filosofia, 74-6
Hegel, 195, 200, 202, 205-6, 209, 212
Hume, 122, 146
liberalismo, 249-52
Marx, 292, 296, 312
Mill, 249-52
Nozick, 483-5
racionalidade, 205-6
Santo Agostinho, 74-6
Hitler, Adolf, 354-5, 357-8, 361
Hobbes, Thomas
Austin, 254, 269, 283, 287-9
Bacon, Francis, 101, 116
conhecimento, 103, 116
contratos, 109-11
contrato social, 111, 208
cristianismo, 93-4
Deus, 93, 99-103, 111-2, 116
direito natural, 107, 106-11, 112-5
direitos civis, 112-3
empirismo, 104
epistemologia, 100, 116-7
escatologia, 115
ética, 116-9
existencialismo, 20
fé, 100, 104, 114-5, 119
filosofia, 117
governantes, 111-7
Hegel, 196, 203, 208
Holocausto, 355
Hume, 123-5, 127
justiça, 108
Kafka, 617

Kelsen, 388
legalidade, 117
Leviatã, 94, 99-100, 103-6, 117
liberalismo, 92-3
linguagem, 101, 105
medo, 92-3
metodologia, 116
modernidade, 117
moral, 112, 116
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 553, 558, 569
natureza, 93-4, 106-7, 111
nominalismo, 101
ordem social, 102, 116-7
pecado, 107
poder, 100-3, 106, 109, 112-5
positivismo jurídico, 8, 107
propriedade, 110
protestantismo, 116
psicologia, 94
punição, 115
razão, 102, 115-6
realismo jurídico, 113
reconhecimento das leis, 114-5
regras, 114
religião, 93-5, 103, 115-6
Rousseau, 188
Smith, 220
soberania, 100-3, 107, 111-5, 117
teoria imperativa do direito, 87-119
verdade, 104
vida social, 624
Hölderlin, Johann, 20
Holismo, 125-7
Holmes, O.W., 9
Holocausto, 353-80
anti-semitismo, 356-7, 360-1
Arendt, 370
Arndt, 358
Austin, 374
autoridade, 364
Bartoszewski, 451
Baumann, 355, 358, 367
bem comum, 370
Buchheim, 359
carisma, 357-8
certeza, 370
cidadania, 380
conveniência, 16-7
cooperação, 379
democracia, 364-6, 375
Deus, 372
Deutsche, 355
Dipper, 362
direito, 361-3
direito internacional, 373
direito natural, 371-4
disciplina, 367-9
em retrospecto, 373-4, 377-8
engenharia social, 358-61
estado de direito, 371-2, 375
eugenia, 359-60
Felden, 356-7
Fuller, 376-9
Goethe, 359
Goldhagen, 355-7, 361-3
guardas dos campos, 367-9
Hart, 376-80, 451
Hitler, 354-5, 357-8, 361
Hobbes, 355
homens das SS, 367-9
homogeneidade, 364-5
Hume, 367
Husserl, 354
ideologias alemãs, 355-7
individualismo, 365, 370
informantes, 376-9
institucionalismo, 363-6
Jackson, 375
julgamentos de Nuremberg, 371-4
justiça, 370
Kelsen, 370
legalidade, 374-6
legitimidade, 365-6, 370-4
leis de Nuremberg, 363-4
liberalismo, 363-4
Marrus, 362
modernidade, 353, 358, 365-7
moral, 378-9
nacionalismo, 358-9
Nietzsche, 357
política, 375

população, 360
positivismo jurídico, 370, 374, 376-9
propaganda, 361
racionalidade, 354, 358-61, 366-7
Radbruch, 370
Schmitt, 364-6
Shklar, 374-5
solidariedade, 367
subjetividade, 618
tecnologia, 367
teoria jurídica, 369-80
Wagner, 367
Weber, 355
Wellershoff, 369, 373
Humanismo, 296, 383, 607-8, 626-7
Hume, David
Austin, 264, 288
Bentham, 224
ceticismo, 122, 129, 134, 137
ciências sociais, 135
conhecimento, 125, 127-9, 150
contrato social, 125-7, 148
controle social, 150-1
desconstrução, 129-30
determinismo, 141, 146
Deus, 134-6
direito natural, 139-40
empirismo, 123, 151-2
epistemologia, 132, 137, 142-4,153
escolha, 124-5
ética, 153
eu, 137-9, 153
experiência, 121-53
filosofia, 129-30, 136, 151-3
Forbes, Duncan, 145
funcionalismo, 134-5
fundamentação, 134
história, 122, 146
Hobbes, 123-5, 127
holismo, 125-7
Holocausto, 367
individualismo, 125-7
institucionalismo, 145-50
filosofia do direito, 123-5
justiça, 125, 143-5, 149
justiça natural, 149-50
Kant, 135, 156-7, 161-2, 164-9
Levellers ("niveladores"), 143, 145
liberalismo, 132-3
Livingston, Donald, 142
medo, 141
memória, 137-9
metodologia, 125-7
modernidade, 121-30
moral, 139-41, 151-3
motivos, 141
mudança social, 150
natureza, 134, 148
Nietzsche, 135
niilismo, 135-6
Norton, 136
opinião, 150
ordem social, 124, 126
Platão, 133
positivismo jurídico, 123, 149
pós-modernidade, 135
racionalismo, 131, 147, 151-2
razão, 127, 129-30
reflexividade, 131
religião, 140, 150
reputação, 138
retórica, 130
Revolução Francesa, 146
Rousseau, 127, 184
segurança, 132
Smith, 150, 215-8
sociabilidade, 125-7
sociedade, 129-30, 144-5
solidariedade, 367, 628
Stroud, Barry, 123
subjetivismo, 130, 134
Taylor, Charles, 127
teoria social, 153
tradição, 121-30
verdade, 124
vida social, 137-9, 144, 147
Wittgenstein, L., 136, 432, 435
Hunt, A., 300
Husserl, Edmund, 354

Identidade, 17, 203-5, 445-6
Igreja, 83, 232, 349

Igualdade
feminismo, 586
Hart, 447
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 549-50
Rawls, 472-3
Unger, 559-60
Iluminismo, 39, 276, 292, 335, 339-40, 497
Imperativo, teoria do, 423-8
Inconsciente, 349-50
Individualismo
Grécia, 200
Hegel, 199, 211
holismo, 125-7
Holocausto, 365, 370
Hume, 125-7
MacIntyre, 488
Marx, 294, 318
metodologia, 125-7
Mill, 246-9, 251
Nietzsche, 353
Nozick, 474, 488
Rousseau, 190-2
Taylor, 487
Weber, 340
Institucionalismo
Austin, 276
Holocausto, 363-6
Hume, 145-50
Kelsen, 395-6
legitimidade, 623
Nietzsche, 350-1
Rousseau, 183-7
Intolerância, 246-7
Intuição, 158, 171-2
Irene, 24
Irigaray, Luce, 607
Israel, 97

Jackson, 375
Jameson, Fredric, 624
Jesus Cristo, 72, 349
Judiciário
Austin, 284-7
Bentham, 285
coerência, 508-10
criação de direito, 285, 514
criatividade, 503-8
Dworkin, R., 508-21
Kelsen, 387-8
poder discricionário, 286, 507-8
positivismo jurídico, 387-8
solução de litígios, 508-21
tomada de decisões, 508-21
Juízo Final, 220
Justiça, *ver também* Justiça natural
Aristóteles, 56-8
Austin, 257
autenticidade, 457-9
Bentham, 234
certa, 492-3
contrato social, 187-8
corretiva, 56
cristianismo, 458-60
dinâmica, 457-9
direito natural, 72-4
distributiva, 56
Dworkin, R., 497
estática, 457-9
exploração, 318-9
família, 572-3
felicidade, 457-8
feminismo, 572-6, 582, 598
geral, 56
Grécia, 24
Hobbes, 108
Holocausto, 370
Hume, 125, 143-5, 149
Kelsen, 457-9
Marx, 318-9
Mill, 249
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 547-8
Nozick, 476, 480
particular, 57-8
Platão, 41-7
racionalidade, 147
Rawls, 470-4, 492-3, 582
regras, 146
Rousseau, 187-9

Sandel, 486-7
Santo Agostinho, 71-3
Santo Tomás de Aquino, 79-80
sociedade, 144-5
virtude, 148
Justiça natural, 73, 79, 149, 221
Justiça social, 194, 274-7

Kafka, Franz, 617-21
Kali, 22-3
Kant, Immanuel
Acton, 169
atos ilícitos, 167-8
Austin, 283
autonomia, 155-6
bem, 170-7
Bentham, 171-4
causalidade, 164-5
ceticismo, 157
ciência, 160-1
condenação, 174-7
conhecimento, 156, 160, 165-7
comunidade (*commonwealth*), 179-81
Crítica da razão prática, 161
Crítica da razão pura, 170
culpa, 167-8
delitos, 167-9
Deus, 156, 178
dignidade, 158, 172, 174
Dworkin, R., 501
empirismo, 156-7, 160-2
entendimento, 160-1
epistemologia, 156-7, 160
ética, 179
eu, 156-7
fé, 164-5
Hegel, 194
Hume, 135, 156-7, 161-2, 164-9
imperativo categórico, 166-71
intuição, 158, 171-2
Kelsen, 383, 413
liberalismo, 156, 180
liberdade, 179
linguagem, 162
metafísica, 160, 170-1
Metafísica da moral, 170
modernidade, 155-81
moral, 156, 161-9, 171-8
motivos, 178
natureza, 178-9
o certo, 171-7
ontologia, 169
O que é orientação no pensamento, 178
pressupostos, 160-1
progresso, 177-81
punição, 171-7
pureza, 155-6
racionalidade, 158-9, 162-9, 178
razão, 156-61, 163-9, 170-1, 178, 181
religião, 180
transcendência, 164, 168-9
universalidade, 170
utilitarismo, 171-4
vida social, 178
Williams, B., 173-4
Wittgenstein, L., 431
Kelsen, Hans, 10, 381-415
alma, 390
Aristóteles, 457
Austin, 389, 391, 394, 411
autenticidade, 457-8
autoridade, 386, 397-8
Bentham, 410-1
burocracia, 383, 388
ciência, 396-7, 402, 458-9
coerção, 383, 394-5
conhecimento, 410
constituições, 400
criminosos, 407
cristianismo, 458-60
democracia, 395, 412
Deus, 388-90
direito natural, 387
Durkheim, 409
Dworkin, R., 496
eficácia, 403-4
empirismo, 398-403
epistemologia, 389-91
Estado, 383, 388-91, 408-9
estóicos, 388
felicidade, 457-8
formalismo, 382, 389-91

fundamentação, 397, 410
Grundnorm, 398-403, 405
Hart, 441, 445
Hegel, 385
Hobbes, 388
Holocausto, 370
humanismo, 383
instituições, 395-6
interpretação, 396-8
judiciário, 387-8
justiça, 386, 457-9
Kant, 383, 413
Lee, 406
legitimidade, 386, 389, 411
liberdade, 384-5
metafísica, 415
metodologia, 408
modernidade, 393, 410-1, 458
natureza, 385
Nietzsche, 383, 409-11, 458
normas, 392-6
ordem jurídica, 385, 387, 395, 398-404
positivismo jurídico, 381, 385, 387, 391, 410-2
psicologia, 409
Radbruch, 386
reducionismo, 383
regras, 392, 394-5
religião, 385, 390
Rousseau, 385
sanções, 394, 397, 404
Schmitt, 387
sociedade, 385
sociologia, 384
Stewart, 406
subjetividade, 386
teoria jurídica analítica, 414
teoria pura, 381-415
transparência, 412
Unger, 560
validade, 403-4
verdade, 389-90, 413-4
vida social, 396
Weber, 383, 391, 460
Kennedy, Duncan
Blackstone, 555
coerção, 556
direitos humanos, 566
liberalismo, 566-7
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 543, 547, 553, 555-6
regras, 555
Keynes, John Maynard, 536-8
Kohlberg, Lawrence, 595
Krishna, 22-3
Kronman, A., 342

Lacey, Nicola, 581-2
Laissez-faire, 213, 320
Lee, Keekok, 406
Legalidade
Austin, 265, 284
capitalismo, 329
Dworkin, R., 503, 523
ética, 117
Fuller, 460-3
Hart, 418, 421-2
Hegel, 202
Hobbes, 117
Holocausto, 374-6
Marx, 318
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 568
nações-Estados, 329-30
Unger, 565
Weber, 329-30, 337-8
Legisferação
Austin, 284-7
Bentham, 285
direito natural, 84
Dworkin, R., 512-3, 521-2
Fuller, 464-5
judiciário, 285-7, 514
Santo Tomás de Aquino, 84-5
Legislação, 509-10, 549
Legislatura, 226, 228-9, 312
Legitimidade
autoridade, 364
contrato social, 187-8
escravidão, 204
Estado, 83
governo, 188, 196

Hegel, 196-7, 204
Holocausto, 365-6, 370-4
instituições, 623
Kelsen, 386, 389, 411
modernidade, 187, 332-4
Nozick, 475-6, 482
Rawls, 468-70
Rousseau, 183-8
Santo Tomás de Aquino, 83-4
Unger, 564
Weber, 330-4
Lei divina, 82
Leis ou direito, reconhecimento das, 113-4, 434-5, 439-40, 444-7
Lenin, V. I., 293, 321
Levellers ("niveladores"), 143, 145
Lévi-Strauss, Claude, 538-40
Liberalismo
Aristóteles, 54
Austin, 277, 289
ceticismo, 250
deontológico, 155, 486
Dworkin, R., 500
feminismo, 15, 586, 602-5
Hegel, 212
história, 249-52
Hobbes, 92-3
Holocausto, 363-4
Hume, 132-3
Kant, 156, 180
Kennedy, 566-7
Marx, 308-9, 315-6
Mill, 236-8
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 544, 548-55, 556, 566-8
pós-modernidade, 15
Rawls, 492-3
Roscoe, 19
Sandel, 486-7
sociologia, 251-2
Unger, 565
Liberdade, 238-45, 474-6
conhecimento, 211, 335-6
felicidade, 195
feminismo, 602
Hegel, 195-7, 202, 204, 210
Kant, 179
Kelsen, 384-5, 412
Marx, 302-3, 305-6, 316
Mill, 242-3, 246, 251
modernidade, 194-6
moral, 179
Nozick, 480
opinião, 244
pensamento, 244
Rousseau,185-6, 192
subjetividade, 205
Weber, 335-8
Libertarismo, 474-85
Linguagem
Austin, 283
direito internacional, 283
gramática, 505-8
Hart, 421-2, 428-36, 454
Hobbes, 101
jogos de, 429-32, 622, 628
Kant, 162
Lyotard, 621-2
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 558
privada, 429
Wittgenstein, L., 1, 429-36
Litígios, decisão de, 505-10, 577
Livingston, Donald, 142
Livre Mercado, 474-85
Locke, John, 196, 288, 474-80, 483
Lorde, Audre, 609-10
Luxemburgo, Rosa, 537
Lyotard, Jean-François, 621-4

MacIntyre, Alasdair, 14, 488-90
MacKinnon, Catherine, 583-9, 589, 593, 601
Maine, sir Henry, 261, 267
Malthus, Thomas, 275-7
Maniqueus, 68
Maquiavel, Nicolau, 88-90
Marcel, Gabriel, 21
Marrus, Michael, 362
Marx, Karl
Austin, 299-302
Bentham, 299
burocracia, 318, 322

Capital, 296, 316
capitalismo, 294, 308, 311-2, 316-22
ciência, 306-10
ciência social, 296
classe operária, 311, 313, 316, 318-9, 335-6
classes, 293, 299-300, 309-11, 323
comunismo, 292, 311
condição humana, 307
constituições, 316-8
determinismo econômico, 299-300
Deus, 291-2, 301
dialética, 292-4
direito e sociedade, 291-323
direito natural, 297, 303-4, 313-4
direitos humanos, 315
Drucker, 322
economia, 298-300, 310
emancipação, 319
empirismo, 312-5
Engels, 291, 307, 309-11
epistemologia, 318
escatologia, 292
esperança, 291-2
Estado, 321
eu, 319
exploração, 318-9, 322-3
expressionismo, 312
fé, 318-9
felicidade, 306
feminismo, 584
Feuerbach, 302, 319
formação, 301-7
fundamentação, 301
Gramsci, 310
Hegel, 298, 301-6
história, 292, 296, 312
humanismo, 296
Hunt, 300
Iluminismo, 292
individualismo, 294, 318
interpretação, 299-300
filosofia do direito, 295-301
justiça, 318-9
justiça social, 312-5
laissez-faire, 320
legalidade, 318
legislação, 312
Lenin, 293, 321
liberalismo, 308-9, 315-6
liberdade, 302-3, 305-6, 316
MacKinnon, 584
Manifesto comunista, 296, 311
meios de produção, 312-5
metodologia, 291, 310-1
modernidade, 293, 297, 300-1, 306, 322-3
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 548-50
nacionalismo, 293
nações-Estados, 293
ordem jurídica, 312-6, 318-9
particular, o, 292-4
Pashukanis, 299
poder, 315-6
pós-capitalismo, 322-3
positivismo, 319
práxis, 295
proletariado, 318, 323
propriedade, 314
relevância, 319-22
religião, 291, 302, 319
retórica, 296
revolução, 295, 320
sociologia, 9-10, 301, 318
Stalin, 321
subjetividade, 316-8
tecnologia, 323
totalidade, 294
transcendência, 291-2
União Soviética, 321
universal, o, 292-4
Weber, 299
Medo, 10-1, 92-3
Memória, 137-9
Metafísica, 160, 170-1, 533-4
Metis, 23
Metodologia
Austin, 258-62, 270
conhecimento, 116
Dworkin, R., 497, 499-503, 513
feminismo, 578-9
Hart, 425, 445
Hume, 125-7

individualismo, 125-7
Kelsen, 408
Marx, 291, 310-1
Platão, 37
positivismo jurídico, 7-8
Rawls, 469
Mill, John Stuart
agnosticismo, 252
Austin, 251, 289
autoridade, 364
Bentham, 235-8, 241
ceticismo, 250
ciência, 237, 249-50
coesão social, 248
Coleridge, 250
Comte, 250
comunitarismo, 251
conformidade, 246
dano, 239, 242, 247-8
Devlin, 243
direito, 246
direito não escrito, 246
disciplina, 241, 246
Dworkin, R., 252
epistemologia, 249
escolhas, 243-4
Estado, 246
ética, 246
felicidade, 237-8
feminismo, 580, 586
Fienburg, Joel, 247
Hart, 242
Hegel, 251
história, 249-52
humanismo, 236-8
individualismo, 246-9, 251
instituições, 251-2
intolerância, 246-7
justiça, 249
liberdade, 236, 242-3, 246, 251
modernidade, 248-9
moral, 238
ofensa, 247-8
opinião, 244
padronização, 246
panóptico, 249-50
positivismo jurídico, 252
progresso social, 245-6
reflexão, 245
Relatório Wolfenden, 242
Rousseau, 251
sanções, 247
sociedade, 249-50
sociologia, 251-2
Stephen, James Fitzjames, 246-7
tolerância, 246-7
utilitarismo, 236-52
verdade, 249-50
vida social, 238
Minimalismo, 476-7
Mistificação, 85-6
Mitologia, 23, 32, 88, 574
Moderação, 68
Modernidade, 15
Austin, 253-7, 260, 270
conhecimento, 339-40
contrato social, 187
desigualdade, 333-4
Deus, 11
dialética, 209-10
Dworkin, R., 497, 517-8, 533
feminismo, 584-5, 590, 612-3
Fuller, 467
Hart, 419, 426
Hegel, 195-6, 201, 209-12
Hobbes, 117
Holocausto, 353, 358, 365-7
Hume, 134-5, 148
Iluminismo, 497
Kafka, 621
Kant, 155-81
Kelsen, 393, 410-1, 458
legitimidade, 187, 332-4
liberdade, 194-6
MacIntyre, 488
Marx, 293, 297, 300-1, 306, 322-3
Mill, 248-9
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 538, 544, 554, 567-8
Nietzsche, 346, 352
Rawls, 468
razão, 122

Rousseau, 183-7
subjetividade, 623-5
Taylor, 488
tecnologia, 590
tribalismo, 623-5
Unger, 561-2
Weber, 325-6, 332-40
Williams, P., 557
Moral, *ver também* Ética
Aristóteles, 52, 55, 58
Austin, 273, 283-7
Bentham, 221-5
convenções, 450-1
Dworkin, R., 522, 525, 533
fé, 164
feminismo, 595-602
Fuller, 462, 464-6
Grécia, 24
Hart, 451
Hegel, 196-7
Hobbes, 112, 116
Holocausto, 378-9
Hume, 139-41, 151
Kant, 156, 161-9, 171-8
liberdade, 179
MacIntyre, 488-90
Maquiavel, 88
Mill, 238
Nietzsche, 349-50
positivismo jurídico, 7-8
racionalidade, 52, 58, 151, 161-8
Rawls, 492-3
razão, 55
Rousseau, 183-4
Santo Tomás de Aquino, 81
Smith, 213-6
Morte, 21, 60
Motivos, 141, 178

Nacionalismo, 293, 357-8
Nações-Estados, 97-8, 273, 293, 329
Não-cognitivismo, 6
Natalidade, controle de, 590-4
Natureza
Aristóteles, 203-4
Bentham, 222
Cícero, 64
Deus, 59-86
direito natural, 33
Hobbes, 93-4, 106-7, 111
Hume, 148
Kant, 178-9
Kelsen, 385
MacIntyre, 488-9
Nozick, 476-7
punição, 277
Smith, 219
sociedade, 385
tecnologia, 65-6
Nietzsche, Friedrich, 59, 344-52
Alemanha nazista, 344, 353
conhecimento, 348
desamparo do homem moderno, 352-3
Deus, 212, 344-6
direito natural, 86
Dworkin, R., 501, 524
Freud, 349
Grécia, 350
Hart, 351
Hegel, 211-2
Hitler, 357-8
Holocausto, 357
Igrejas, 349
inconsciente, 349-50
individualismo, 353
instituições, 350-1
interpretação, 346
irracionalidade, 349
Jesus Cristo, 349
Kelsen, 383, 409-11, 458
MacIntyre, 488-90
modernidade, 346, 352
moral, 349-50
niilismo, 344-5, 623
perspectivismo, 347-8
poder, 344-8, 351
psicologia, 345
racionalidade, 349
reflexividade, 348
religião, 86, 345-6
Schopenhauer, 345
solidariedade, 349

Unger, 561
verdade, 136, 346-7
Wagner, 345, 352
Weber, 345-6
Niilismo
Deus, 135
Dworkin, R., 499
Hume, 135-6
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 566-8
Nietzsche, 344-5, 623
Unger, 561
Wittgenstein, 434
Nominalismo, 101
Normas, 392-404, 445
Norton, David Faith, 136
Nozick, Robert
administração social, 474
Anarchy, State and Utopia, 475-6
associações voluntárias, 478
capitalismo, 478, 482
coerção, 480
contrato social, 474-6
cultura, 484
direitos humanos, 477-8, 483-4
egoísmo, 485
Estado, 476-3, 483
Estados Unidos, 475, 484
governo, 474, 483
história, 483-5
individualismo, 474, 488
justiça, 476, 480
legitimidade, 475-6
liberdade, 480
libertarismo, 474-5
livre mercado, 474-85
Locke, 474-80, 483
MacIntyre, 488
minimalismo, 476-7
natureza, 476-7
Pocock, 485
política, 485
propriedade, 479, 483
Rawls, 478
redistribuição da riqueza, 479-80
republicanismo, 485
retificação, 482-3
sociedade, 474
Taylor, 487-8
uso da força, 478
utilitarismo, 474, 478-9
vida social, 485
Williams, B., 482

Obediência, 440
Objetividade, 271-2, 498-9
Obrigações, 418, 438
Observação; *ver* Empirismo
Ontologia, 169-70, 214, 565
Opinião; *ver* Opinião pública
Opinião pública, 140, 150, 210, 282
Ordem jurídica, 312-9, 385, 387, 395
Ordem social, 100-2, 116-7, 124, 196-7, 543-4, 624

Paley, William, 174-5
Panóptico, 232-4, 249-50
Pashukanis, Evgeny, 299
Pecados, 77, 107-8, 208
Performatividade, 621-3
Perspectivismo, 347-8
Platão, 24, 32, 36-8
Aristóteles, 44, 48, 57
ascetismo, 69-71
As leis, 47
Bacon, sir Francis, 96
bem comum, 42
centralismo, 45-6
classes, 44
conhecimento, 35-6, 28-9
democracia, 41
direito natural, 42-3, 478
educação, 43-5
elitismo, 45-6, 47
emancipação, 38-40
esclarecimento, 39
filosofia do direito, 41-7
governantes, 43-5, 47
guardiães, 44-5
Hume, 133
idealismo, 48
justiça, 41

metodologia, 37
padrões, 47
poetas, 70
política, 39
Popper, Karl, 42, 47
racionalidade, 39-40
República, 36-8, 70
separação dos poderes, 43
sofisma, 40
unidade, 44-6
uniformidade, 44
verdade, 32, 38-40, 43-5, 47-8, 62
Plutarco, 65-6
Pocock, J.G.A., 485
Poder
Austin, 274, 284
Bacon, 116
conhecimento, 116, 348
desejo de, 344-8, 351
Deus, 59-86, 98
feminismo, 576, 583
governantes, 112-5
Hobbes, 100, 106, 109
Hume, 126
Marx, 315-6
natureza, 59-86
Nietzsche, 344-8, 351
superioridade, 274
Poderes, separação dos, 43, 284-5
Poetas, 70
Pole, Reginald, 90
Política
Dworkin, R., 498-9
Holocausto, 375
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 549-55
Nozick, 485
Platão, 39
Weber, 326
Popper, Karl, 42, 47, 270-1, 560
População, 275-7, 360
Pornografia, 583
Positivismo; *ver também* Positivismo jurídico
Austin, 269-74
Dworkin, R. 497, 500-1, 525
Fuller, 466
Marx, 319
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 544, 546-7, 555, 566
Popper, 270-1
Positivismo analítico, 262-4, 427
Positivismo jurídico, 3-11
Austin, 6-7, 253-69
Bentham, 225-6
Cotterrell, 5, 9
Deus, 7
direito natural, 28, 138
Dworkin, R., 17, 496-9, 504-5, 510, 520, 523
Estado, 8
estudos sociojurídicos, 5-6
Hart, 4-5, 8, 417-55, 626
Hegel, 212
Heidegger, 8
Hobbes, 8, 107
Holocausto, 370, 374, 376-9
Hume, 123, 149
judiciário, 387-8
Kelsen, 381, 385, 387, 391, 410-2
metodologias, 7-8
Mill, 252
moral, 7-8
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 17
não-cognitivismo, 6
pós-modernidade, 8-11
realismo jurídico, 9
sistema jurídico, 7
soberania, 7
sociologia, 8
tese da separação, 7
verdade, 9
Weber, Max, 9
Wittgenstein, L., 8
Pós-modernidade, 11-21
ambigüidade, 615-30
Douzinas, 30
Dworkin, R., 11-5, 499-503, 513
feminismo, 611-3
filosofia do direito, 615-30
Hume, 135
jogos, 628

Kafka, 617-21
liberalismo, 15
Lyotard, 624
positivismo jurídico, 8-11
Warrington, 30
Pound, Roscoe, 9, 20
Precedente, 504, 508
Pressupostos, 160-1
Princípios, 261
Progresso social, 245-6, 462, 544-7, 617
Proletariado, 318, 323
Propaganda, 361
Propriedade, 110-1, 231-2, 314, 479, 482
Psicologia, 215, 287, 345, 409
Punição; *ver também* Sanções
Austin, 254, 277
Beccaria, 174, 176
Bentham, 227, 230-1, 233
dignidade, 172
dissuasão, 173-4
escatologia, 115-6
feminismo, 596-7
Hart, 424
Hobbes, 115
Kant, 171-7
natureza, 277
Paley, 174-5
retribuição, 175-7
Smith, 219-20
utilitarismo, 174-5
Pureza, 155-6

Racionalidade
Aristóteles, 52, 58
ceticismo, 96
Descartes, 96
direito natural, 79
Dworkin, R., 523
Estado, 210
eu, 131
Grécia, 60-1
Hegel, 205-6, 210-2
história, 205-6
Holocausto, 354, 358-61, 366-7
Hume, 131, 147, 151-2
justiça, 147
moral, 52, 58, 151, 161-8
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 536, 546-8, 558
Nietzsche, 349
Rousseau, 190
Unger, 563
verdade, 95-6
Weber, 326, 328, 335, 340-1
Radbruch, Gustav, 370, 387
Radicalismo, 231-2
Rawls, John
Bentham, 234
ceticismo, 473
comunitarismo, 491-2
egoísmo, 471
escolha, 492
feminismo, 582-90
igualdade, 472-3
justiça, 470-4, 492-3, 582
legitimidade, 468-70
liberalismo, 492-3
MacIntyre, 488
metodologia, 469
modernidade, 468
moral, 492-3
Nozick, 478
o bem, 491-2
o correto, 491-2
Sandel, 486-7
Smith, 218
tomada de decisões, 471-3
utilitarismo, 470-1, 473
vida social, 471
Raz, Joseph, 466
Razão
alma, 61-2
Aristóteles, 55
Austin, 257
Bentham, 222
conhecimento, 127
Deus, 77, 103
dignidade, 158
Dworkin, R., 503
feminismo, 597
filosofia, 129-30
Hegel, 202, 210

Hobbes, 102, 115-6
Hume, 122, 127, 129-30
Kant, 156-61, 163-9, 170-1, 178, 181
lei divina, 82
mitologia, 32
modernidade, 122
moral, 55
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 547, 567-8
natureza, 72
prática, 161, 163-4, 167-9
religião, 115,.181
Santo Agostinho, 72
utilitarismo, 171-2
vida social, 178
Weber, 336
Realismo; *ver* Realismo jurídico
Realismo jurídico, 3, 9, 113
Reconciliação, 193-212
Recursos, 447-8
Reducionismo, 383
Reflexividade, 131, 245, 254, 348
Regras
Austin, 261
Dworkin, R., 508-10
Fuller, 462, 464-5
Hart, 423-8, 430-55, 626
hierarquia, 445
Hobbes, 114
julgamento, 440, 442
Kelsen, 392, 394-5
Kennedy, 555
mudança, 439, 442
obediência, 440
primárias, 441-2
reconhecimento, 113-4, 434-5, 439-40, 444-7
secundárias, 438-40, 441-2
Smith, 217-8
Weber, 327
Wittgenstein, 430-1, 434-8
Reis, *ver* Governantes
Religião
agnosticismo, 252-3
Bentham, 222
caos, 10
ciência, 184, 209
consciência, 97
cosmo, 77
cultura, 11
Dworkin, R., 534
Hegel, 208, 210
Hobbes, 93-5, 115-6
Hume, 140, 150
institucionalizado, 103
Kant, 180
Kelsen, 385, 390
Marx, 291, 302, 319
medo, 92-3
natural, 104
Nietzsche, 86, 345-6
opinião pública, 140
razão, 115, 181
sociologia, 20
Rousseau, 184
Renúncia, 70
Repúblicas, 88, 485
Reputação, 138-9
Retribuição, 175-7
Retificação, 482-3
Retórica, 63, 130, 296
Retroatividade, 372, 377
Revolução, 295, 320
Revolução Francesa, 146, 199, 255
Riqueza, redistribuição da, 479-80
Romantismo, 183-92
Rosen, 16
Rousseau, Jean-Jacques
Austin, 283
autonomia, 184
bem comum, 190
ciência, 184
conhecimento, 190
contrato social, 153-93
dependência, 193
Deus, 192
eu, 185-6
feminismo, 575
governantes, 188-9, 192-3
Hegel, 195-8
Hobbes, 188
Hume, 127, 184

individualismo, 190-2
instituições, 183-7
Kelsen, 385
legitimidade, 183-8
liberdade, 185-6, 192
moral, 183-4
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 193
racionalidade, 190
religião, 184
romantismo, 183-92
sociedade, 183-4
vida social, 193
vontade geral, 186, 189-92
Rumble, 261
Russell, Bertrand, 59, 86

Sagrado, o, 22-4
Sanções
Austin, 281, 283-4, 287
Bentham, 227-8
Hart, 418, 426-7, 450
Kelsen, 394, 397, 404
Mill, 247
Smith, 220
Sandel, Michael, 14
crítica do comunitarismo, 486-7, 491-2
justiça, 486-7
liberalismo, 486-7
o bem,486, 491-2
o justo, 491-2
Rawls, 486-7
subjetividade, 486
Schmitt, Carl, 364-6, 387
Schopenhauer, Arthur, 315
Scott, Ridley, 11-5
Segurança, 21, 85-6, 132
Separação, tese da, 7
Shakespeare, William, 87-8, 91
Shklar, Judith, 374-5
Silogismos, 95
Síntese, 195, 264, 268
Sistema jurídico, 4-5, 438-40, 446-7, 448-9
Sistematização, 327
Smart, Carol, 588-9, 600
Smith, Adam, 213-20, 234
Deus, 219
direito positivo, 219-21
egoísmo, 215
escatologia, 219
espectador imparcial, 218-9
existencialismo, 218-9
fé, 218-9
Hobbes, 220
Hume, 150, 215-8
indústria, 213-20
Juízo Final, 220
justiça natural, 221
laissez-faire, 213
mão oculta do mercado, 213-20
moral, 213-6
natureza, 219
ontologia, 214
psicologia, 215
punição, 219-20
Rawls, John, 218
regras, 217-8
Riqueza das nações, 215
sanções, 220
sociedade, 219-20
solidariedade, 216-9
vida social, 219
Smith, Kemp, 122
Soberania; *ver também* Governantes
Austin, 264, 267-8, 277-83
eclesiástica, 100-3
Hart, 446
Hegel, 196, 202, 208
Hobbes, 100-3
positivismo jurídico, 7
Sociabilidade, 125-7, 200
Sociedade
Aristóteles, 48, 57
autonomia, 196
ciência, 249-50
Hegel, 196-7
Hume, 144-5
justiça, 144-5
Kelsen, 385
Marx, 291-323
Mill, 249-50
natureza, 385

Rousseau, 183-4
Santo Agostinho, 74
Smith, 219-20
soberania, 196
Taylor, 127
Weber, Max, 9
Sociologia
Austin, 265-9, 279
Fuller, 461
Hart, 419-20, 428-36
Kelsen, 384
liberalismo, 251-2
Marx, Karl; 9-10, 312-5
Mill, 251-2
Nozick, 474
positivismo jurídico, 8
Pound, Roscoe, 9, 20
Weber, 334-5, 340-1
Sócrates, 48
Sofisma, 40
Solidariedade
Bentham, 235
Holocausto, 367
Hume, 367, 628
Nietzsche, 349
Smith, 216-9
Stalin, Joseph, 321
Stephen, James Fitzjames, 246-7
Stewart, Iain, 406
Stroud, Barry, 123
Subjetivismo
Bentham, 222
feminismo, 580, 608-11
Hegel, 200, 204-5
Holocausto, 618
Hume, 130, 134
Kelsen, 386
liberdade, 205
Marx, 316-8
modernidade, 623-5
Sandel, 486
tribalismo, 623-5
Weber, 340-1
Superioridade, 254-6, 274

Taylor, Charles, 14
atomismo, 487-8
comunitarismo, 487-8
individualismo, 487
modernidade, 488
Nozick, 487-8
sociedade, 127
Tecnologia
feminismo, 590-4
Holocausto, 367
Marx, 323
modernidade, 590
natureza, 65-6
Weber, 327-8
Teleologia, 48, 77
Têmis, 23-4
Teologia
direito natural, 67-9
filosofia, 69
Maquiavel, 90
Russell, Bertrand, 86
Santo Agostinho, 69
Santo Tomás de Aquino, 76-7, 82-3
Teoria da imperatividade, 29
Teoria social, 151-2, 199-200
Teubner, G., 16
Totalitarismo, 234
Trabalho, divisão do, 220
Tradição
capitalismo, 616
conhecimento, 125
Dworkin, R., 496
expressiva, 127
feminismo, 576
Hegel, 209-10
Hume, 125, 127
MacIntyre, 490
Transcendência, 164, 168-9, 291-2, 559
Transparência, 412, 497
Treinamento, 82; *ver também* Educação
Tribalismo, 623-5

Unger, Roberto M.
Austin, 562
comunitarismo, 563
costumes, 562-3
estado de direito, 559
igualdade, 559-60
Kelsen, 560
legalidade, 565
legitimidade, 564
liberalismo, 565
medo, 10-1
modernidade, 561-2
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 547, 549, 558-64
Nietzsche, 561
niilismo, 561
Popper, 560
racionalidade, 563
religião, 562
transcendência, 559
Weber, 558, 560
União Européia, 274-5
União Soviética, 321
Utilitarismo
Austin, 11, 272, 280-3, 287-9
Bentham, 221-36
controle, 234-6
Hegel, 196, 201
justiça social, 274-7
Kant, 171-4
liberdade, 242-5
Mill, 236-52
Nozick, 474, 478-9
punição, 174-5
raciocínio, 171-2
Rawls, 470-1, 473
totalitarismo, 333
visibilidade, 234-6

Vattimo, 12, 14
Verdade, 10-1, 627-8
Aristóteles, 32, 62
Austin, 275, 289
conhecimento, 62
contrato social, 187
Cotterrell, 9
Descartes, 96
dogmatismo, 62
educação, 43-5
Hegel, 207
Hobbes, 104
Hume, 124
Kafka, 619
Kelsen, 389-90, 413-4
Mill, 249-50
Nietzsche, 136, 346-7
Platão, 32, 38-40, 43-5, 47-8, 62
racionalidade, 95-6
Santo Agostinho, 72
Weber, 343
Wittgenstein, 136, 434
Vida social
Bentham, 232
Fuller, 462
Hegel, 197-200
Hobbes, 624
Hume, 137-9, 144, 147
Kant, 178
Kelsen, 396
memória, 137-9
Mill, 238
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 549, 552, 557, 622
Nozick, 485
Rawls, 471
razão, 178
regras, 30-1
Rousseau, 193
Smith, 219
Virtude, 53; *ver também* Bem
governantes, 88
Hume, 148
justiça, 148
MacIntyre, 488-90
Santo Tomás de Aquino, 78
treinamento, 82
Vontade geral, 186-92, 197-8, 282

Wagner, Richard, 345, 352, 367
Warrington, R., 30
Weber, Max
Austin, 267-8
autoridade, 330-1
burocracia, 328
capitalismo, 326, 329, 332
carisma, 341
ciência, 341-2

classes, 334
coerção, 330
conhecimento, 335-7, 339-40
criatividade, 343
direito natural, 336-8
disciplina, 338-9
dominação jurídica, 325-52
egoísmo, 330, 332
formalização, 341-2
governantes, 330-1
Hart, 428
Hegel, 334-5
Herrschaft, 330
Holocausto, 355
Iluminismo, 335, 339-40
individualismo, 340
informação, 327
irracionalidade, 340-1
Kelsen, 383, 391, 460
Kronman, 342
legalidade, 329-30, 337-8
legitimidade, 330-4
liberdade, 335-8
Marx, 299
modernidade, 325-6, 332-40
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 567-8
nação-Estado, 329
Nietzsche, 345-6
operariado, 335-6
poder, 325-6
política, 326
estado de direito, 326
racionalidade, 326, 328, 335, 340-1
racionalização, 325-52
razão, 336
regras, 327
rotina, 338-9
sistematização, 327
sociedade, 9
sociologia, 334-5, 340-1
subjetividade, 340-1
tecnologia, 327-8
tomada de decisões, 332
Unger, 558, 560
verdade, 343
Wellershoff, Dieter, 369, 373
West, Robin, 602
White, James Boyd, 615, 617
Williams, Bernard, 173-4, 482
Williams, Patricia
direitos humanos, 557
feminismo, 610-1
modernidade, 557
Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos, 545-8, 556-7
Wittgenstein, Ludwig
epistemologia, 432
fundamentação, 435
Hart, 428-38
Hume, 432, 435
Kant, 431
linguagem, 429-36
niilismo, 434
positivismo jurídico, 8
reconhecimento, 434-5
regras, 430-1, 434-8
relativismo, 434-5
verdade, 136, 434
Wolfenden, Relatório, 242

Zeus, 23-4