

RAZÃO DE LEI CONTRIBUIÇÃO A UMA TEORIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Luis Fernando Barzotto

THE RULE OF LAW: CONTRIBUTION TO A THEORY OF LEGALITY

RESUMO

A COMPREENSÃO ADEQUADA DO ESTADO DE DIREITO NOS SISTEMAS ROMANO-GERMÂNICOS EXIGE UMA ELUCIDAÇÃO DO NÚCLEO CONCEITUAL DO CHAMADO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, ISTO É, O CONCEITO DE LEI. O OBJETO DESTES ARTIGOS É A ANÁLISE DO CONCEITO DE LEI NA TRADIÇÃO ARISTOTÉLICA, MAIS ESPECIFICAMENTE, EM TOMÁS DE AQUINO. A LEI NESTE AUTOR É PENSADA NA SUA ESTRUTURA RACIONAL (MEDIDA) E NA SUA FUNÇÃO POLÍTICA (ORDEM). DO PONTO DE VISTA DA RAZÃO PRÁTICA, A LEI É UMA MEDIDA, ISTO É, UM ARTEFATO DA RAZÃO UTILIZADO COMO PADRÃO DE AVALIAÇÃO DE CONDUTAS. EM UMA ABORDAGEM POLÍTICA, A LEI TEM POR FUNÇÃO ESTABELEÇER A ORDEM NO INTERIOR DE UMA CERTA COMUNIDADE. ESTENDENDO A TRADIÇÃO TOMISTA PARA ALÉM DOS SEUS LIMITES LITERAIS, PENSAMOS QUE A ANTROPOLOGIA PERSONALISTA DE TOMÁS DE AQUINO PERMITE PENSAR A LEI COMO UMA ALIANÇA ENTRE PESSOAS. O SENTIDO ÉTICO DA LEI É FORMAR ALIANÇA, E NA ALIANÇA RESIDE O CARÁTER OBRIGATORIO DA LEI, SENDO ESTE UM DOS PROBLEMAS CLÁSSICOS DA FILOSOFIA DO DIREITO OCIDENTAL.

PALAVRAS-CHAVE

LEI, JUSTIÇA, ESTADO DE DIREITO, ARISTÓTELES, TOMÁS DE AQUINO.

ABSTRACT

THE ADEQUATE COMPREHENSION OF THE RULE OF LAW IN ROMAN-GERMANIC LEGAL SYSTEMS DEMANDS AN ENLIGHTENMENT OF THE CONCEPTUAL CORE OF THE SO-CALLED LEGALITY PRINCIPLE, THAT IS, THE CONCEPT OF LAW. THE MAIN TOPIC OF THE PRESENT PAPER IS THE ANALYSIS OF THE CONCEPT OF LAW IN THE ARISTOTELIAN TRADITION, MORE SPECIFICALLY, IN THOMAS AQUINAS. FOR THIS AUTHOR THE LAW IS COMPREHENDED IN ITS RATIONAL STRUCTURE (MEASURE) AND IN ITS POLITICAL FUNCTION (ORDER). THROUGH THE POINT OF VIEW OF PRACTICAL REASON, THE LAW IS AN ARTIFACT OF REASON THAT IS USED AS A MODEL FOR THE EVALUATION OF CONDUCTS. IN A POLITICAL APPROACH, THE LAW HAS THE PURPOSE OF ESTABLISHING ORDER INSIDE A CERTAIN COMMUNITY. BY EXTENDING THE LITERAL LIMITS OF THE THOMISTIC TRADITION, WE THINK THAT THE PERSONALIST ANTHROPOLOGY OF THOMAS AQUINAS ALLOWS US TO THINK THE LAW AS AN ALLIANCE BETWEEN PEOPLE. THE ETHICAL SENSE OF THE LAW IS TO FORM AN ALLIANCE, AND IN THIS ALLIANCE RESIDES THE OBLIGATORY TRAIT OF THE LAW, WHICH IS ONE OF THE MORE CLASSICAL PROBLEMS OF WESTERN PHILOSOPHY OF LAW.

KEYWORDS

LAW, JUSTICE, RULE OF LAW, ARISTOTLE, THOMAS AQUINAS.

Durante sua visita a Inglaterra em finais do século XVIII, o czar Pedro, o Grande, se interessou por um castigo que se impunha aos marinheiros da Marinha Real acusados de traição. Consistia em encerrar o condenado em um tanque dotado de um dispositivo que enchia-o de água até que o réu se afogasse. Não havia, naquele momento, nenhum

marinheiro condenado a este tipo de castigo, o que não constituiu problema para o czar: “Que se castigue um dos meus homens”. O rei inglês, Guilherme III, se opôs: “Majestade, seus homens se encontram na Inglaterra e estão sob a proteção de suas leis”.¹

PRELIMINARES

O entendimento do princípio da legalidade, como expressão da supremacia do direito, está na estrita dependência do esclarecimento do conceito de lei. Este esclarecimento é o objeto deste artigo.

Uma das acepções mais frequentes do termo “razão”, em Tomás de Aquino, é o de um elemento constitutivo ou definidor de alguma realidade, a essência de algo. Assim, “razão de lei” indica a essência da lei expressa em seu conceito. Um preceito pode apresentar-se como lei, mas, se ele não corresponder à “razão de lei”, ele não pode ser descrito com o conceito de lei, isto é, ele simplesmente não é lei. Assim, para Tomás, uma lei iníqua “não tem razão de lei, e sim de certa violência”,² pois a iniquidade viola a exigência de racionalidade de qualquer lei, e impor algo a outrem contrariamente às exigências da racionalidade é um ato que tem “razão de violência”, ou seja, é *essencialmente* violento.

Assim, a expressão “razão de lei” traduz o ideal de que a lei corresponda a requisitos expressos no seu conceito. Preceitos que não realizem esses requisitos ou não constituem “leis” ou são leis em sentido secundário, devendo ser tratados *como se fossem* leis por fatores externos a si, a saber, a segurança jurídica ou o bem comum.³

A nossa hipótese é que um preceito possui “razão de lei” quando tem determinada estrutura, função e sentido. A estrutura lógica⁴ da lei é a de uma medida da ação. A função política da lei é a imposição da ordem. O sentido ético da lei é o de expressar uma aliança.

O objeto do artigo é contribuir para a elucidação da estrutura conceitual da lei, por meio de uma análise da sua natureza de medida, ordem e aliança. Para esse fim, serão utilizados os recursos da tradição filosófica aristotélico-tomista.⁵

I. INTRODUÇÃO

A lei é um construto da razão que dirige com autoridade a ação humana em vista de fins sociais. A identificação de sua natureza exige preliminarmente o estudo de duas dimensões: racional ou lógica (*logos* – razão) e política.

Essas duas dimensões já estão presentes na obra de Aristóteles e têm seu fundamento na sua antropologia. Para Aristóteles, a natureza humana tem dois elementos constitutivos: racionalidade e politicidade.⁶ O homem é um ser racional e político.

Ora, a ação segue o ser, como afirmam os medievais. Dada a natureza racional e política do ser humano, segue-se que a lei, para dirigir a ação humana, deve reproduzir estas características.

A racionalidade é um dado estrutural da lei: “A lei [...] é expressão de certa prudência e inteligência”.⁷ Aceitar o império da lei é colocar-se sob a égide da razão: “Assim, querer o reino da lei é querer o reino exclusivo de Deus e da razão [...], pois a lei é a razão livre de apetites [...]”.⁸ A alternativa ao governo das leis é o “governo dos homens”, que nada mais é senão o domínio do homem pelo homem. Sem a lei, instaura-se a arbitrariedade. Abandonar a lei é entregar a ação social à irracionalidade, porque, se “a lei é a regra e medida dos atos”, ela o é enquanto produto da razão, uma vez que “a regra e medida dos atos humanos é a razão”.⁹ A razão que produz a lei é a razão prática, que dirige os atos humanos, orientada pela virtude da prudência. A lei é uma “proposição universal da razão prática”,¹⁰ ou uma “regra da prudência”¹¹ escrita. Essa proposição ou regra é uma medida, isto é, ela é um padrão que qualifica as ações como obrigatórias, permitidas ou proibidas.

De outro lado, a lei encontra sua justificativa social na sua função política, a imposição da ordem: “A lei, com efeito, é uma certa ordem (*taxis*)”.¹² Essa ordem se manifesta na disciplina das ações feita pela lei em função do bem comum. As ações que a lei define como obrigatórias em vista do bem comum são justas:

O legal é de certo modo justo [...]. As leis se referem a todas as coisas, propondo o que convém em comum a todos, ou aos melhores, ou aos que estão no poder [...]; de modo que chamamos justo o que é apto a preservar a felicidade e seus elementos para a comunidade política.¹³

Tomás afirma que a função da lei é declarar o justo, isto é, o direito,¹⁴ sendo *jus* (direito) e *justum* (justo) termos sinônimos. Como a justiça “ordena o homem em suas relações com outrem”,¹⁵ cabe à lei, declarando o que é justo ou jurídico, “ordenar os homens uns para os outros”.¹⁶ A função política da lei é declarar as relações de justiça existentes entre os membros da comunidade, instaurando a “ordem da justiça”: “pertence à lei dirigir os atos humanos segundo a ordem da justiça”.¹⁷

Na história do pensamento jurídico, pode-se observar a tendência de algumas escolas e disciplinas enfatizarem um ou outro aspecto da lei. A idéia da lei como medida racional é o fio condutor no Ocidente de toda teoria do direito esboçada a partir de uma concepção de razão prática, desde as construções jusnaturalistas, passando pela teoria da argumentação e a hermenêutica jurídica. De outro lado, a concepção de lei como ordem da comunidade política é recorrente desde os gregos e é a perspectiva daqueles que enfatizam o momento da autoridade no fenômeno jurídico, como os positivistas. O ponto de vista da lei como medida é o ponto de vista do participante, que utiliza a lei como medida de sua ação. Daí a popularidade, junto ao

staff jurídico, de obras que versam sobre o raciocínio jurídico, que utiliza a lei como medida. O ponto de vista da lei como ordem é o ponto de vista do observador que visualiza o direito a partir da necessidade de ordem da sociedade. É o ponto de vista adotado em geral, pelos sociólogos.¹⁸

Para além de sua estrutura lógica (medida) e função política (ordem), há um terceiro elemento da lei, menos óbvio, mas não menos real. A lei configura uma aliança entre os que estão submetidos a ela. Ao passo que as noções de lei como medida e ordem vinculam-se à tradição greco-romana, a noção de aliança vincula-se à tradição judaico-cristã. Na aliança, a lei é considerada a condição e, ao mesmo tempo, o produto do reconhecimento recíproco de uma relação de amizade (*philia, ágape*).

Se a teoria da razão prática examina a lei como medida e a teoria da justiça enfatiza a lei como ordem, a idéia de lei como aliança deve ser pensada a partir de uma teoria da amizade. Deste modo, ao analisar a lei como aliança, busca-se resgatar para a teoria do direito realista, centrada geralmente nos conceitos de razão prática (prudência) e justiça, um conceito central da filosofia prática aristotélico-tomista: a amizade.

I. A ESTRUTURA LÓGICA DA LEI: A LEI COMO MEDIDA

PRELIMINARES

No seu aspecto lógico ou racional, a lei é uma medida. A medida é o meio pelo qual o mundo se torna inteligível para o ser humano:

A medida é um artefato de comensurabilidade. Tanto na tradição aristotélica, conhecida por Tomás, quanto na filosofia contemporânea (a de Wittgenstein, por exemplo) aquilo que serve de medida é indispensável nas formas de pensamento, ação e comunicação entre os homens.¹⁹

Em Aristóteles, a medida (*metron*) foi o padrão objetivo sob o qual é possível unificar o complexo mundo da ação humana, assentando, assim, um conceito fundamental para se ter uma “ciência do *ethos*” ou Ética: “com a idéia de medida, aplicada ao agir, e essencial à idéia de lei, está posto o fundamento racional sobre o qual será possível edificar uma ciência do *ethos*”.²⁰

O conceito de “medida” aplicado a questões teóricas e práticas tem sua primeira aparição na Grécia. É célebre a contraposição entre Protágoras e Platão. Para o primeiro, “o homem é a medida (*metron*) de todas as coisas”. Para o segundo, “Deus, e não o homem, é a medida (*metron*)”. A medida é princípio de inteligibilidade, padrão de interpretação e avaliação do mundo. Mas também é critério da ação correta. Fora da medida, a ação é defeituosa por carência ou excesso. A *hybris*, conceito que se

encontra na gênese das catástrofes tematizadas pelas tragédias gregas, indica a transgressão da medida ou, mais exatamente, a “desmedida”. Em Aristóteles, o justo meio (*mesotes*) estabelecido pelo prudente é a medida da ação.

Tomás retoma a vinculação entre razão e medida. Na obra *Sobre a verdade*, ele expõe as diferenças entre razão especulativa e razão prática apelando para a noção de medida: “A razão prática causa as coisas, e por isso é a medida das coisas que são feitas por ele; mas a razão especulativa, por ser receptiva em relação às coisas, de certo modo é movido por elas, e, portanto, as coisas são sua medida”.²¹ A verdade diferencia-se, assim, na razão especulativa e na razão prática. A verdade especulativa é a conformidade do intelecto com as coisas, que, portanto, o “medem”. A verdade prática é a conformidade das coisas com o intelecto, que “mede” a ação, embora em última análise o próprio intelecto prático se submeta à ordem do ser.²²

A razão fornece uma medida à ação quando assume a forma de proposições que guiam tanto a ação individual (juízo) como a ação coletiva (lei). A lei é medida da ação social: “Nas ações interpessoais da multidão, há necessidade de lei quando se deve ‘medir’ reciprocamente, criar cooperação, sentido comum, comensurabilidade e inteligibilidade recíprocas”.²³

Na sua estrutura de medida da ação, a lei possui três características: igualdade, objetividade e universalidade.

1.1. IGUALDADE

Wittgenstein, nas *Investigações filosóficas*, aponta para o vínculo conceitual entre regra e igualdade: “o emprego da palavra ‘regra’ está entrelaçado com o da palavra ‘igual’”.²⁴

De fato, a razão humana, ao deparar-se com um mundo de múltiplos objetos, unifica-os como casos iguais de uma mesma regra. O ato próprio da razão, o juízo, consiste em identificar casos iguais e distinguir casos desiguais. O instrumento utilizado pela razão para dar unidade inteligível a um mundo marcado pela multiplicidade é pensar a pluralidade a partir da unidade de uma regra. O mundo é, assim, racionalizado, tornado regular e uniforme a partir da utilização de uma regra ou medida comum, que estabeleça a igualdade/desigualdade entre objetos.

Perelman afirma que a regra da justiça – “os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados do mesmo modo”²⁵ – constitui “o princípio diretor do nosso pensamento”,²⁶ seja na ciência, na moral ou na filosofia. Casos considerados iguais, sejam fenômenos naturais, questões éticas ou conflitos jurídicos, devem ser abordados, teórica e praticamente, do mesmo modo. A razão humana utiliza a regra de justiça como uma “formulação pragmática do princípio de identidade”.²⁷ Daí sua importância epistêmica, uma vez que o princípio da identidade é um dos princípios lógicos fundamentais.

O princípio da identidade tem a seguinte fórmula: “A é A”²⁸ ou “A é idêntico a A”. Essa identidade, para Aristóteles, pode ser numérica ou qualitativa: “a identidade

é numérica no caso em que há várias denominações, mas somente uma coisa: por exemplo, veste e manto”.²⁹ Algo é numericamente idêntico se é uma única coisa. Assim, um único objeto pode receber duas denominações, manto e veste, sem deixar de ter uma identidade numérica consigo, isto é, ser uno.

Obviamente, o princípio da identidade enquanto identidade numérica não tem maior interesse para o conceito de lei como medida. Em uma lei ou medida, trata-se de uma relação entre casos distintos, no qual sempre está envolvida mais de uma pessoa ou objeto, e, portanto, não há identidade numérica. A identidade relevante para a lei como medida é a identidade qualitativa.³⁰

A identidade qualitativa para Aristóteles ocorre com respeito à espécie: “ela ocorre quando várias coisas não apresentam nenhuma diferença quanto à espécie: por exemplo, um homem é idêntico a um homem, um cavalo a um cavalo, pois as coisas que estão sob a mesma espécie são ditas idênticas por referência à espécie”.³¹ Ursula Wolf explica essa passagem de Aristóteles afirmando que não somente o predicado da espécie (homem, cavalo) pode fazer-nos considerar seres distintos idênticos ou iguais (Pedro é homem, Paulo é homem, Pedro e Paulo são iguais como homens), mas qualquer predicado assumido como padrão de comparação ou medida: Pedro e Paulo são músicos, estão em Atenas, etc. Ela conclui: “Podemos tratar dois objetos como qualitativamente idênticos com respeito a determinadas finalidades práticas, quando eles concordam aproximadamente entre si com relação às propriedades relevantes”.³² As propriedades relevantes partilhadas por x e y inserem x e y na mesma “categoria essencial” da regra da justiça de Perelman. Os membros da mesma categoria essencial possuem uma identidade ou igualdade qualitativa entre si, o que exige uma igualdade de tratamento.

No âmbito social, a importância de se ter medidas, isto é, padrões de igualdade, é indicado por Aristóteles ao tratar da moeda: “A moeda, como uma medida, iguala as coisas fazendo-as comensuráveis; não haveria comunidade se não houvesse troca, nem troca se não houvesse igualdade, nem igualdade se não houvesse comensurabilidade”.³³ A possibilidade de interação econômica é dada pela igualdade fornecida pela medida, uma vez que as pessoas que interagem são diferentes e os bens e serviços que produzem são diferentes:

Com efeito, não se associam dois médicos, mas um médico e um agricultor, e, em geral, pessoas diferentes e não iguais. Mas é preciso que se igualem, e por isso todas as coisas que se trocam devem ser comparáveis de algum modo. Isso o faz a moeda [...] que tudo mede, de sorte que mede também o excesso e o defeito: quantos pares de sandália equivalem a uma casa, ou a determinados alimentos.³⁴

Do mesmo modo, a possibilidade de interação jurídica, isto é, de pensar a relação social como relação jurídica, só é possibilitada pela igualdade fornecida pela lei:

se “a justiça consiste em uma certa igualdade”,³⁵ somente “há justiça para aqueles cuja relação está regulada pela lei”,³⁶ e “procurar a justiça é procurar o justo meio – e a lei, é sem dúvida, o justo meio”,³⁷ lembrando que o justo meio (*mesotes*) em matéria de justiça particular é o *ison*, o igual. A lei determina o igual. A lei permite, assim, realizar a regra da justiça como igualdade: “parece que a justiça é igualdade, e assim é, mas não para todos, mas para os iguais; e a desigualdade parece ser justa, e o é com efeito [...] para os desiguais”.³⁸ É contrário à natureza das coisas e, portanto, irracional tratar seres reconhecidos como iguais de modo desigual. Do fato de a lei declarar x e y iguais decorre a necessidade racional de que x e y tenham tratamento igual. Ora, x e y são iguais se pertencem à mesma classe estabelecida por lei, isto é, têm as mesmas propriedades relevantes segundo a lei, o que significa: são qualitativamente idênticos. Nenhum argumento racional pode ser esboçado para violar a igualdade legal entre x e y, pois ele teria a seguinte forma: “x e y são iguais perante a lei (quanto às características relevantes) e não são iguais perante a lei (quanto ao tratamento previsto pela lei para aqueles que tenham essas características)”.

A regra de justiça no seu aspecto formal, isto é, na consideração da igualdade estabelecida pela lei, é uma exigência da razão. A aplicação correta, isto é, coerente, de uma medida e de uma lei, também é uma exigência da razão: casos iguais são casos iguais (princípio da identidade). O que nos leva de volta ao início: a lei, como medida, é “algo da razão” (Tomás de Aquino).

Por certo, não se esqueceu a advertência de Aristóteles: “a questão que não pode ser ignorada é saber em que consiste a igualdade ou desigualdade”.³⁹ Do ponto de vista lógico, deve-se preencher a fórmula da justiça formal (tratar os iguais de modo igual) com algum critério material (igualdade na necessidade, no mérito, no trabalho, etc.), que Perelman chama de justiça concreta.⁴⁰

Isso não significa que a própria igualdade formal inerente à noção de medida não tenha uma relevância prática. Ignorá-la é desconsiderar que a lei, do ponto de vista lógico, é uma medida, e, como medida, deve ser aplicada a todos os casos que nos seus termos são iguais, e que a exceção, por razões de equidade, longe de suprimir a necessidade de igualdade formal, a amplia para outro âmbito, o da exceção: todos os casos que constituem exceção serão tratados do mesmo modo. As exceções serão tipificadas, e o tratamento dado a elas também.

José Reinaldo de Lima Lopes, analisando várias decisões judiciais acerca dos direitos à saúde e do direito à educação, verificou que elas ignoravam a lei como medida, isto é, como padrão de igualdade. O art. 196 da CF (para os nossos fins, funciona logicamente como uma lei, isto é, como regra ou medida), que garante a todos os brasileiros o direito à saúde, foi o fundamento invocado para conceder bens e serviços que não poderiam ser universalizados. Em nenhum momento se cogitou da regra da justiça, que exige a igualdade de tratamento para todos os que estive-

rem em situação semelhante. Era como se o caso a ser resolvido fosse absolutamente único, e que o autor não fosse membro de uma “classe essencial”, à qual outras pessoas poderiam pretender integrar e que, portanto, teriam o mesmo direito ao mesmo tratamento. As decisões analisadas ignoraram o truísmo de que “não pode ser que uma única pessoa tenha, uma única vez, seguido uma regra”.⁴¹ Se na atividade judicial trata-se de aplicar uma regra, esta deve poder ser estendida a mais de um caso. Assim como não pode haver medida para um único objeto medido, não pode haver regra para um único caso. As decisões mencionadas ignoraram a igualdade inerente à regra da justiça, que exigia, no tocante ao direito à saúde, a consideração de casos iguais futuros: “se o tratamento for estendido a um, deve ser de acordo com a regra de que qualquer um terá o mesmo tratamento; ou que, se o Estado estiver obrigado a pagar a escola especial de um aluno, deve ser de tal modo a poder e dever pagar a escola de todos que estiverem na mesma situação”.⁴²

Nesse exemplo pode-se ver como a tomada de consciência da natureza lógica da lei como medida; longe de ser um truísmo isento de implicações práticas, nos permite alcançar a essência lógica da lei: estabelecer relações de igualdade. Cada aplicação da lei expressa uma regra que será depois utilizada em casos iguais. Do contrário, teríamos “dois pesos e duas medidas”, a fórmula por excelência da injustiça formal. Violar a justiça formal é violar a justiça. Ignorar o caráter de medida da lei, que expressa sempre uma relação de igualdade, não é aplicar mal a lei: é não aplicá-la de modo absoluto. Nas decisões expostas, em que demandas de direitos sociais são atendidas sem que sejam entendidas como precedentes para casos iguais futuros, José Reinaldo de Lima Lopes identifica “obras de misericórdia”,⁴³ não constituindo, portanto, atos de aplicação da lei. Nessas decisões, o art. 196 não possui razão de lei.

Os vínculos entre a justiça, a aplicação da lei e a noção de medida encontram-se no Ocidente na imagem da balança. É pela representação de uma deusa buscando o equilíbrio entre o peso de dois pratos de uma balança que se manifesta a essência do ato de justiça como aplicação de uma certa medida. Ponderar (*pondus* – peso), sopesar argumentos, equilibrar a relação são expressões metafóricas que manifestam ato de avaliar ações e pessoas a partir de uma medida. O ato da justiça, o juízo, é a aplicação de uma medida, a lei, a um caso.

2. UNIVERSALIDADE

Regras ou medidas não são coextensivas a objetos aos quais elas se aplicam, pois, do contrário, a medida perderia seu propósito cognitivo, que é o de padronizar e unificar casos de aplicação:

Se houvesse tantas regras e medidas quanto são as coisas medidas ou regradas, cessaria a utilidade da regra ou da medida, que é permitir que muitas coisas

possam ser conhecidas a partir de uma só. E assim nenhuma seria a utilidade da lei, se fosse estendida a apenas um ato.⁴⁴

A chamada “questão do universal” pode ser descrita desse modo: como relacionar o uno (universal, medida, lei) ao múltiplo (singular, objetos, casos)? Vejamos o conceito de universal de Aristóteles: “Chamo de universal o que se atribui naturalmente de muitas coisas, e singular, o que não se atribui; por exemplo, homem faz parte dos universais, Cálías, dos singulares”.⁴⁵ “Homem” é um termo que pode ser predicado de Cálías, André, Pedro, etc. “Cálías” refere um indivíduo. É próprio da lei ser um universal, isto é, predicar-se de muitos indivíduos e muitas ações.

Assim, Tomás declara que “as proposições universais da razão prática ordenada às ações têm a razão de lei”.⁴⁶ Integra a razão de lei, portanto, a universalidade. O seguinte exemplo de Tomás mostra como se dá a questão da universalidade no âmbito da experiência jurídica: “Se fazem muitas coisas segundo a justiça, mas cada caso do justo é uno à maneira do universal; como a devolução dos depósitos é algo uno que se refere a muitas pessoas e a muitos casos”.⁴⁷ A lei estabelece o curso de ação que será considerado justo. Essa declaração ocorre na forma de uma proposição universal: “Todo aquele que receber algo em depósito deve providenciar sua devolução”. Muitas pessoas e muitos casos são unificados por referência a uma única regra, que funciona como universal: a obrigação de devolução do depósito realiza-se em um número indefinido de casos e por isso, pode ser predicada desta multiplicidade.

Desde Aristóteles, a universalidade vem vinculada à racionalidade, na medida em que só conhecemos o universal (a mesa, o cão) ou singulares como instância de universais (este objeto é uma mesa, este animal é um cão). A lei como medida é um artefato da razão e, portanto, deve permanecer no plano do universal. O decreto (*psephisma*) deve ser utilizado como instrumento excepcional, quando a universalidade da lei (regra) é incapaz de realizar o justo no caso:

Toda lei é universal, e há coisas que não se podem tratar retamente de um modo universal [...]. Esta é a causa para que nem tudo se regule pela lei, porque sobre algumas coisas é impossível estabelecer uma lei, de tal modo que há necessidade de um decreto (*psephisma*).⁴⁸

A distinção entre *nomos* (lei) e *psephisma* (decreto) está baseada na sua estrutura lógica que condiciona a estabilidade dos dois tipos de norma. A lei, por ser universal, é elaborada visando a permanência, pois pretende regular uma infinidade de casos futuros. O decreto, feito em vista do caso presente, é precário e mutável: “enquanto a lei possui um caráter universal [...] o decreto possui um

caráter casuístico que lhe permite regulamentar de forma temporária situações muito específicas”.⁴⁹

Assim, a dicotomia lei e decreto em Aristóteles (e entre nós) funda-se em uma oposição entre universalidade e particularidade de normas. A lei prescreve de um modo universal e o decreto se refere a pessoas singulares e atos singulares. Em Aristóteles, a oposição entre lei e decreto é um sinal da oposição entre regimes corrompidos e regimes sadios. Um dos seus exemplos de regime corrupto é o de uma democracia radical, na qual “a decisão suprema decorre dos decretos e não da lei. Esta situação surge devido à influência dos demagogos [...]. Ora, a lei deve estar acima de tudo, cabendo ao poder instituído e aos magistrados apenas dirimir os casos particulares”.⁵⁰ Onde se governa por decretos tem-se o governo dos homens e onde governa a lei tem-se o governo da razão:

quem recomenda o governo da lei, parece recomendar o governo do divino e do racional, enquanto que quem recomenda o governo dos homens acrescenta um elemento de animalidade, pois o apetite irracional tem um caráter bestial, e a paixão falseia o espírito dos governantes, sejam eles os mais virtuosos dos homens. A lei é, pois, a razão liberta do desejo.⁵¹

Ora, a racionalidade da lei repousa na sua estrutura lógica de padrão universal. Por sua vez, o risco de irracionalidade do decreto repousa justamente na sua particularidade. Assim como a universalidade, ao apontar casos e sujeitos abstratos, afasta o legislador de paixões provocadas pela concretude das situações em exame, também os decretos e as sentenças podem ser afetadas por paixões justamente pela proximidade dos casos. Esse é o argumento que Aristóteles expõe na *Retórica*:

Corresponde às leis bem dispostas determinar, por si, tudo o que for possível e deixar aos que julgam o menos possível [...], sobretudo porque o juízo do legislador não é sobre o particular, mas genérico e para o futuro, enquanto o membro da assembléia e o juiz julgam acerca de coisas presentes e definidas, frente às quais cabe a amizade e o ódio, em muitas vezes também o interesse próprio, de maneira que já não é possível considerar suficientemente o verdadeiro, mas o próprio juízo passa a ser influenciado pela própria conveniência ou dano.⁵²

A universalidade produz o distanciamento necessário à imparcialidade. A formulação de regras diante dos casos, sejam decretos, sejam sentenças não orientadas pela lei, abre espaço para que os detalhes concretos do caso influenciem o julgador negativamente, obscurecendo as exigências da razão. Teremos o governo dos homens, com suas paixões e preconceitos, e não o governo das leis ou o Estado de

Direito. A universalidade da medida ou regra é o modo (falível, por certo, como tudo o que é humano) de se imprimir racionalidade ao processo de tomada de decisões. Ela evita atos normativos *ad hoc* que refletem interesses e sentimentos e transgridem a exigência racional de justiça, resguardada pela universalidade.

Aquilo que na terminologia filosófica se denomina “universal” na lei a dogmática jurídica e a filosofia do direito contemporânea chamam de “generalidade”. O conceito é o mesmo: a formulação da lei deve limitar-se a indicar tipos e classes, e não pretender regular diretamente o particular.

Carl Schmitt adverte que só há sentido em falar em “império da lei” e Estado de Direito regido pelo princípio da legalidade, se o próprio legislador encontrar um limite na lei e estiver submetido a ela. Ora, “que o legislador esteja vinculado por sua própria lei não é possível a não ser que a lei seja uma norma com certas qualidades: justiça, racionalidade, equidade [...]. Todas essas qualidades pressupõem que a lei seja uma norma *geral* (grifo do autor)”.⁵³ Schmitt vincula, assim, a idéia de Estado de Direito a uma característica lógica da lei, sua universalidade. Isso tem ao menos três conseqüências.

Em primeiro lugar, só com a generalidade ou universalidade da lei é possível manter a separação de poderes. Se a lei não for geral, o império da lei degenera em império do legislador, invadindo, este último, a decisão de casos singulares que cabe ao Executivo e ao Judiciário.⁵⁴ Em 1926, os comunistas e os democratas propuseram um projeto de lei no Parlamento alemão que desapropriava os bens das antigas casas reinantes do Império alemão. Para Schmitt, isto constituía um exemplo claro de arbítrio do legislador, que dava um conteúdo particular à lei: ela não se voltava a uma classe de cidadãos, mas a um pequeno grupo dentre eles. A desapropriação deveria ocorrer, segundo a Constituição de Weimar, com *fundamento* em uma lei, e não *pela* lei. A lei deve prever um tipo ou uma classe, de modo universal, sobre a qual incidirá a desapropriação, a ser definida no caso pelo Executivo pelo Judiciário. A lei não pode indicar diretamente o caso a que se refere. Por falta de generalidade, a lei perdeu a razão de lei. Tornou-se um decreto, pelo qual o legislativo governa.⁵⁵

Também a igualdade perante a lei só pode ser mantida com o caráter universal da mesma. É somente pela universalidade ou generalidade da lei que se podem evitar “derrogações, dispensas e privilégios”⁵⁶ e outras formas de legislação de exceção criadoras de desigualdades entre os cidadãos.

Também a independência dos juízes depende do caráter universal da lei. O juiz é independente porque é totalmente dependente da lei como padrão universal. Se admitirmos que o legislador pode elaborar normas com conteúdo particular, a submissão do juiz à lei se torna submissão ao legislador.⁵⁷

A lei é uma medida, e toda medida é universal em relação aos objetos medidos. Faz parte, portanto, da razão de lei, no seu aspecto lógico, a universalidade ou

generalidade. Sem a generalidade, não se tem Estado de Direito, mas “absolutismo das maiorias parlamentares de ocasião”.⁵⁸

3. OBJETIVIDADE

Desde que se tornou moda entender o direito como interpretação ou como fenômeno interpretativo, pairam dúvidas sobre a objetividade do fenômeno jurídico ou da lei. Aqui, entendemos por objetivo aquilo que é “determinado a partir do objeto, e fundado nele, em contraposição ao subjetivo, entendido como determinado unicamente pelos sentimentos, volições ou afirmações pessoais”⁵⁹ de um sujeito qualquer, no nosso caso, do intérprete do direito. A lei, para ser uma medida, deve ser objetiva. Não há medidas subjetivas.

Antes de fundarmos o caráter objetivo da lei, vamos expor as deficiências do subjetivismo da hermenêutica contemporânea.

Se o direito é interpretação, devemos identificar direito e interpretação, a lei e sua interpretação. Mas onde está o objeto a ser interpretado, se ele é dado pela interpretação? E, se o objeto é dado pela interpretação, como diferenciar a interpretação da Bíblia, de um livro de culinária e da Constituição, uma vez que não podemos recorrer a uma diferença objetiva entre Bíblia, livro de culinária e Constituição antes da interpretação?⁶⁰

Se o objeto a ser interpretado se identifica com sua interpretação, então não há como distinguir entre boas e más interpretações por referência ao objeto, pois este não tem existência fora da interpretação. A pergunta não é mais “Qual a melhor interpretação de x?”, pois essa formulação supõe que x se diferencia da interpretação de x. Para grande parte da hermenêutica contemporânea, x = interpretação de x. A verdadeira pergunta, como coloca Schmitt, passa a ser então “Quem julga? Quem interpreta?”,⁶¹ e não no sentido clássico de apontar quem tem as qualidades morais e intelectuais (virtudes) necessárias para apreender a verdade de um texto, mas quem tem o *poder* de impor sua interpretação. Se o objeto da interpretação está à disposição do intérprete, toda questão é saber “quem manda”, para utilizar uma expressão de Lewis Carroll, em *Alice através do espelho*:

- Quando uso uma palavra – disse Humpty Dumpty em tom escarninho
- ela significa exatamente o que quero o que ela signifique – nem mais nem menos.
- A questão – ponderou Alice – é saber se o senhor pode fazer as palavras dizerem coisas diferentes.
- A questão – replicou Humpty Dumpty – é saber quem manda. É só isso.⁶²

Dentro desta visão absolutamente subjetivista da linguagem, dos textos e, para nosso caso, das regras, em que o objeto da interpretação é dado pela interpretação,

é que se pode entender a continuação do diálogo entre Alice e Humpty Dumpty acerca da interpretação de um poema:

- Podia me fazer a gentileza de explicar o sentido do poema *Jaguararte*?
- Vamos ver isso – disse Humpty Dumpty. – Posso explicar todos os poemas que já foram inventados... e boa parte dos que não foram inventados.⁶³

Se a linguagem e o direito se identificam com a interpretação, não há como distinguir entre a interpretação de textos existentes ou textos inexistentes, ou a interpretação do direito existente ou inexistente. Já Wittgenstein alertava para uma concepção inflacionária da interpretação, que a fizesse absorver seu objeto: “Existe uma concepção de uma regra que não é uma interpretação; é antes aquilo que, na sua aplicação em cada caso, se exterioriza no que chamamos ‘seguir a regra’ e ‘violar a regra’”.⁶⁴ No parágrafo seguinte (202) das *Investigações filosóficas*, Wittgenstein arremata o argumento: “acreditar seguir a regra não é seguir a regra”. De fato, se a regra se identifica com a interpretação que o sujeito possui da regra, como podem se diferenciar o seguir a regra e violar a regra? O agente sempre poderia dizer: “essa é a minha interpretação”, e, assim, nunca poder ser acusado de violar a regra. Para o “hermeneuta transgressor” não há diferença entre acreditar seguir a regra e seguir a regra. Contudo, o império da lei obriga as pessoas a seguirem a lei, e não a interpretação da lei de qualquer pessoa ou agente do poder. Ainda que o acesso ao conteúdo da lei só seja possível pela interpretação, a interpretação está a serviço de uma realidade que a transcende. Caso contrário, se poderia dizer: “Y é culpado de violar a interpretação da autoridade x ou juiz y, e portanto deve ser condenado”.

A proposta da hermenêutica contemporânea, de negar a objetividade da lei, ao negar a referência a um objeto que está para além da interpretação, transforma o Estado de Direito no Estado dos intérpretes. Para se ter o “governo das leis” e não o “governo dos homens”, como afirma Aristóteles, é preciso rejeitar o subjetivismo. Para tanto, deve-se insistir em sua natureza lógica, afastando o psicologismo que anima o subjetivismo.

Uma tendência exacerbada pela modernidade consiste em reduzir o lógico ao psicológico. O lógico é aquilo que, existindo na razão, se impõe a todo ser racional: conceitos, regras de inferência, etc. Na tradição, o lógico está ligado ao ontológico. O bem próprio da razão é a verdade, e esta consiste na adequação da razão com o ser. O lógico é assim heterorreferente, estando a serviço da compreensão do ser.

O psicológico diz respeito ao funcionamento da mente humana nos seres humanos singulares. Assim, a existência de regras e medidas, que não têm existência física, é reduzida, pelo psicologismo, a processos mentais como crenças e representações que ocorrem em indivíduos determinados. Como foi visto, reduzir a regra à

crença ou representação atual da regra consiste em identificar a existência da regra com a crença subjetiva na sua existência, o que é absurdo como descrição da práxis humana efetiva de seguir regras e aplicar medidas. De fato, ninguém razoável afirma “a regra existe porque eu creio em sua existência”, mas, ao contrário, todos pretendem que a existência da regra transcenda a subjetividade dos agentes e, portanto, se imponha a eles. Crenças sem fundamento objetivo são descartáveis, inaptas para obrigar racionalmente alguém.

Ao tratar com regras e medidas, todo ser humano assume sua objetividade, isto é, uma existência que, mesmo ocorrendo na mente humana, não tem estatuto subjetivo. Elas possuem um estatuto objetivo, próprio do que os clássicos chamavam de “entes de razão”. Figuras matemáticas, regras da lógica e conceitos são independentes das crenças ou representações das pessoas, ainda que essa existência não seja física nem psicológica (racional-subjetiva), mas lógica (racional-objetiva). Ainda que não haja uma homologia estrutural entre os entes da razão e os entes do mundo (p. ex., matemática), os primeiros são instrumentais para a descrição dos últimos.

É a natureza lógica da regra que leva Wittgenstein a afirmar que “acreditar seguir a regra não é seguir a regra”.⁶⁵

Regras e medidas têm um caráter intencional, isto é, se referem a um objeto alheio a si mesmas, são heterorreferentes. A objetividade destes particulares entes de razão deve ser buscada não na estrutura da razão humana, mas na realidade à qual se referem. Segundo Wittgenstein, “o que chamamos de medir é também determinado por uma constância dos resultados da medição”.⁶⁶ Um ato trivial como comprar meio quilo de batatas seria impossível se o resultado da medição não fosse constante. E o que garante a estabilidade da medição é a própria estrutura física da realidade. Assim, o que dá a objetividade a uma medida é a própria realidade.

Uma teoria realista da interpretação jurídica, que resguarde a objetividade da lei e a racionalidade da atividade interpretativa pela referência à realidade, não pode ser senão esboçada nos limites deste artigo.⁶⁷

A linguagem, na sua dimensão declarativa, possui duas funções semânticas: significação e designação. Pela primeira, temos o que chamamos o sentido de uma palavra, ou seja, “a relação com o pensamento”, e sua designação ou referência, isto é, “a relação com seres reais”.⁶⁸ Um texto normativo possui um sentido, que é a lei, norma ou regra que ela significa e uma referência, que é um estado de coisas no mundo. A função de significação é trivial. Um mesmo texto normativo pode significar várias regras ou vários textos normativos podem significar uma única regra. O que contraria o senso comum hermenêutico contemporâneo é que leis ou regras possuam uma referência, isto é, que designem.

Para o realismo, a realidade designada pelo texto da lei consiste em uma relação. A relação faz parte do real, segundo a tábua das categorias de Aristóteles, ao lado de

outros “modos de ser”, como quantidade, qualidade, lugar, etc.⁶⁹ Assim, enunciados como: “A baleia é mais pesada que a formiga”, ao referir uma relação, nos informa algo sobre o mundo, pois a relação integra o real.

A lei ou, para nossos fins, o texto da lei tem como função declarar o justo ou o devido. Ou seja, seu significado é uma regra ou norma, e sua designação é uma relação: “a justiça consiste em uma relação”.⁷⁰ A justiça é uma relação entre pessoas, mediada por atos, os atos devidos. Deste modo, o texto do código de trânsito cujo significado é a regra “deve-se parar no sinal vermelho” tem como designação a relação de dever entre o motorista diante do sinal vermelho e os outros motoristas e pedestres. Quando os outros não estão presentes, o dever jurídico não existe, porque não existe relação. Assim, para algumas regras morais, como a que prescreve a temperança, por exemplo, pode-se dizer que a designação consiste em uma relação entre um sujeito e a conduta devida. Mas, para a regra jurídica, a alteridade própria da justiça faz com que a designação seja a relação entre sujeitos.

Deste modo, a regra jurídica, como medida, tem seu caráter objetivo garantido por sua referência a uma realidade – uma relação entre as pessoas. Essa referência é mediada pela significação. O critério da “boa interpretação” é a captação da realidade comunicada pela função significativa do texto normativo. A regra só funciona como medida se medir algo para além dela. Uma interpretação que se identifique com a lei faz com que esta seja auto-referente, perdendo seu caráter de medida e, portanto, sua razão de lei.

II. A FUNÇÃO POLÍTICA DA LEI: A LEI COMO ORDEM

PRELIMINARES

Dada a natureza política do homem, o seu fim individual – felicidade/vida boa – está vinculado ao fim da comunidade – o bem comum. O bem do ser humano singular não pode ser alcançado sem que os outros membros da comunidade alcancem o seu. Usando a dicotomia parte/todo, Tomás afirma a conexão entre o bem da pessoa e da comunidade política:

A bondade de qualquer parte é considerada em proporção ao seu todo [...].
Como, pois, cada homem é parte da cidade, é impossível que um homem seja bom, a menos que seja bem proporcionado ao bem comum, nem o todo pode subsistir bem, a não ser pelas partes a ele bem proporcionadas.⁷¹

A “proporção” da parte ao todo é dada pela ordem. A ordenação do ser humano singular à comunidade é feita pela lei: “A lei é como uma arte de instituir ou ordenar a vida humana”.⁷² Essa ordenação é feita a partir da consideração do fim: “Uma

coisa está perfeitamente ordenada quando o está em relação ao seu fim; e o fim de cada coisa é seu próprio bem”.⁷³

Analisando o conceito de ordem, Tomás de Aquino distingue dois elementos: a intenção do fim e a proporção dos meios. Em termos políticos, a intenção do fim é intenção do bem comum, cuja ausência caracteriza uma “infidelidade”⁷⁴ política. A “intenção do bem comum” ou a “fidelidade à comunidade” é o que autoriza um juiz a estabelecer uma exceção à aplicação de uma lei. Se o juiz estiver animado pela intenção de realizar o fim da lei, o bem comum, ele poderá apelar para a equidade. Caso contrário, ele estará agindo de modo a introduzir a desordem na comunidade política, uma vez que a ordem depende da referência ao fim. Outro elemento da ordem, mais próprio da abordagem própria do jurista, é a proporção dos meios: “é necessário que o meio seja proporcionado ao fim. E disso se segue a razão dos meios toma-se do fim, como a razão da disposição da serra toma-se do ato de serrar, que é seu fim”.⁷⁵

A lei estabelece um dever ser que só existe em função de um fim. Ao contrário da filosofia moderna de matriz kantiana e da teoria do direito kelseniana, o dever ser não é autônomo. Ele é parasitário de um fim. Só existe dever em função de um fim:

O preceito da lei, como é obrigatório, é de alguma coisa que deve ser feita. Que algo deva ser feito, isso provém da necessidade de algum fim. Portanto, é manifesto que pertence à razão de preceito que implique ordem a um fim, a saber, enquanto aquilo que é preceituado é necessário ou proveitoso para o fim.⁷⁶

Há, portanto, na lei entendida como “ordenação ao bem comum” um elemento formal e um elemento finalístico, o primeiro subordinado ao segundo. Assim como a forma da serra está vinculada ao fim da serra, a forma da lei está vinculada ao fim da lei. É importante, porém, salientar a importância do elemento formal: sem conformidade com a lei, a ação (salvo exceções) não pode ser “proporcionada” ao bem comum. A forma só existe em função do fim, mas a realização de um fim, especialmente na lei, é condicionada pela adesão à forma. No que diz respeito à lei, não temos apenas um fim isolado (como é o caso da serra), mas um fim comum. Este fim comum só pode ser obtido por meios comuns, e o modo ordinário de dar um caráter “comum” à ação social é regulá-la pela lei.

Como foi visto acima, os deveres que expressam as exigências da ordem na sociedade são deveres de justiça: “Pertence à lei dirigir os atos humanos segundo a ordem da justiça”.⁷⁷ Ora, “ordenam-se os homens entre si pelos atos exteriores, nos quais os homens comunicam entre si. Esta comunicação pertence à razão de justiça, que é propriamente diretiva da comunidade humana”.⁷⁸ A lei expressa as condutas consideradas justas, isto é, devidas para a realização do bem comum.

A função política da lei é, portanto, impor a ordem. Essa função tende a prevalecer sobre a estrutura lógica da lei, embora, como vimos, um certo tipo de ordem (Estado de direito) só pode ser alcançado mediante o respeito a elementos lógicos da lei (generalidade). De qualquer modo, a tendência de compreender a lei somente na sua estrutura de medida leva a uma série de aporias, que são desfeitas quando se atenta para sua função política.

Um carro que só alcança 60 km/h está cumprindo a lei que limita a velocidade a 80 km/h? A resposta é negativa se considerarmos a lei na sua natureza lógica. A lei não serve de medida para a ação do motorista, que pode ignorá-la por completo. Mas a função política da lei, a imposição da ordem, está sendo realizada. E isso é o decisivo na avaliação da legalidade da conduta.

Uma lei flagrantemente inconstitucional, por exemplo, que não foi aprovada pelo *quorum* determinado pela constituição, mas que não foi declarada inconstitucional, deve ser obedecida. De um ponto de vista estritamente racional, uma lei inconstitucional (inválida) não configura uma medida para a ação das autoridades e do cidadão. Mesmo assim, em todas as democracias constitucionais essas leis vinculam. O que está presente na assunção da validade de uma lei inconstitucional é sua dimensão de ordem. De um ponto de vista puramente lógico-sistemático, não há como justificar sua existência. Mas a lei não é apenas uma proposição da razão prática, ela é principalmente uma ordenação ao bem comum. A lei inconstitucional, na medida em que cumpre sua função de ordem, tem sanado o seu vício lógico.

De outro lado, também a chamada “ficção” do conhecimento da lei pode-se explicar a partir da função política da lei. Do ponto de vista da razão prática, a lei é uma proposição que serve de medida para a ação. Ora, ela não pode realizar sua natureza de medida da ação se não for conhecida. Desse modo, o brocardo “ninguém pode invocar a ignorância da lei” só tem sentido a partir da consciência da precedência da função política sobre a estrutura lógica da lei.

Para ser fator de ordem, a lei deve ser legítima, pública e eficaz.

1. LEGITIMIDADE

A legitimidade da lei, isto é, sua capacidade de motivar a obediência, está vinculada à sua função de expressar uma relação de justiça. Na linguagem corrente, as leis legítimas são ditas justas:

As leis se dizem justas tanto em razão do fim, isto é, quando são ordenadas ao bem comum; quanto em razão do autor, isto é, quando a lei promulgada não ultrapassa a autoridade de quem a promulga; quanto em razão da forma, isto é, quando, conforme a igualdade de proporção, são impostas aos súditos obrigações quanto ao bem comum.⁷⁹

A lei é um instrumento na consecução de um bem. Na tradição clássica, não há dever autônomo. Como foi visto, todo dever está na dependência de um fim, e o fim do dever estabelecido pela lei é o bem comum: “Toda lei ordena-se ao bem comum”.⁸⁰ O termo “comum” do bem comum não é o “geral”, mas o participado. Não é uma finalidade coletiva de um ente coletivo, como interesse público ou interesse geral parecem designar, mas é o bem que é participado pela totalidade dos membros da sociedade. Um termo mais preciso seria “bem de todos”, como o utilizado pelo constituinte brasileiro, termo que afasta a idéia de que possa haver um “bem do todo” à margem dos membros da sociedade.

Uma lei que não visasse o bem comum não seria inteligível: é um meio sem um fim. Daí Tomás afirmar que o direcionamento ao bem comum é da razão de lei: “toda lei se ordena à salvação comum dos homens, e nessa medida obtém força e razão de lei; se falta a isso, não tem a virtude de obrigar”.⁸¹

Outra fonte de legitimidade da lei é a autoridade. Ao contrário da tese positivista que atribui a quem tem o poder de impor o direito a faculdade de fazê-lo, Tomás especifica quem está investido da competência de pôr a lei como diretiva para o bem comum: “Ordenar, porém, algo para o bem comum é ou de toda multidão ou de alguém que faz as vezes de toda multidão [...], porque em todas as coisas ordenar para o fim é daquele de quem este fim é próprio”.⁸² A função da lei é ordenar para o fim da sociedade, que é o bem comum. Ora, ordenar para o fim é próprio daquele a quem pertence esse fim. Logo, ordenar para o bem comum pertence à comunidade, ou ao seu representante. A lei é legítima quando provém do povo ou daquele que está no lugar do povo, o seu representante.

A tendência do relativismo contemporâneo é aderir a essa tese democrática, porém esvaziada de todo o conteúdo. Assim, seria legítima toda lei que viesse do povo, ou, mais precisamente, da maioria do povo, ou, o que é mais exato, da maioria dos representantes do povo. A crítica mais ácida a esse tipo de legitimação estatística foi feita por Carl Schmitt:

Se o corpo parlamentar [...] se limita a uma mera função de registro de voto geral da maioria e, renunciando a todo requisito “material” da lei, converte em lei a resolução majoritária, então terminam todas as garantias de justiça e racionalidade [...]. 51% dos votos das eleições dá por resultado a maioria parlamentar; 51% dos votos do parlamento produz o direito e a legalidade. [...] Quem tenha essa maioria (51%), já não cometerá injustiças, pois tudo o que fizer se converte em direito e legalidade [...]. Se a maioria pode fixar a seu arbítrio a legalidade e a ilegalidade, também pode declarar ilegais seus adversários políticos internos [...]. Quem domine 51% poderia tornar ilegal, de modo legal, os 49% restantes. Poderia fechar atrás de si, de modo legal, a porta da

legalidade pela qual havia entrado e tratar como delinqüente comum ao partido político contrário [...].⁸³

Tentar neutralizar a injustiça por um *quorum* qualificado, ou seja, pretender que a quantidade (maioria) se torne qualidade (justiça), esbarra sempre no mesmo obstáculo, que é o da impossibilidade de procedimentos majoritários determinarem, por si sós, a correção material de decisões coletivas: “seria um tipo especial de ‘justiça’ declarar que uma maioria seja tanto melhor quanto mais hegemônica seja, e afirmar em abstrato de que o fato de que 98 homens maltratam dois não é tão injusto quanto 51 maltratando 49. A matemática pura se torna desumanidade pura”.⁸⁴

A legitimidade do autor da lei também está vinculada à sua submissão à lei. Na tradição, não há lugar para a idéia de soberania. Todo poder de criar a lei é sempre competência, ou material, ou formal. O povo tem uma competência material: a ele cabe determinar o que é necessário à consecução do seu fim, o bem comum. Sendo o bem comum o bem de todos, o povo não está autorizado a instituir qualquer tipo de discriminação entre seres humanos, isto é, a excluir qualquer grupo na participação do bem comum, pois este já não será “comum”. Os representantes do povo têm uma competência formal: a eles cabe, em nome do povo, e sob certas condições juridicamente estabelecidas, produzir a lei.

Por isso a idéia de um poder ilimitado e irresponsável, que cria o direito sem estar vinculado ao direito, isto é, aquilo que a doutrina política chamou de soberania, não tem lugar na tradição clássica.

Hobbes, um dos elaboradores da doutrina da soberania, afirma que “é evidente que ele (aquele que detém o poder supremo – o soberano) não está preso às suas leis, porque ninguém está preso a si mesmo. As leis são feitas para Tício e para Caio, e não para o governante”.⁸⁵ O soberano é instituído pelo contrato social. Ele está fora do contrato, não é parte contratante, isto é, em relação aos súditos ele permanece em estado de natureza. Com isso, a idéia de soberania coloca o estado de natureza no centro do estado civil. Este último depende, paradoxalmente, para afastar o estado de natureza, de um ente que está no estado de natureza, isto é, não está limitado pelo direito do estado civil, o direito positivo.

Na tradição, o governante, ou aquele que detém o poder supremo, não é soberano, no sentido hobbesiano: ele não está acima e fora da comunidade. Ele integra a comunidade, e como tal, está submetido às leis da comunidade: “todos os homens devem ser sujeitos à lei humana”.⁸⁶

O terceiro requisito de legitimidade é a “igualdade de proporção”, ou proporcionalidade. A igualdade formal estabelecida pela estrutura lógica da lei, não pode descuidar a igualdade real presente na vida social:

O caminho pelo qual todo direito persegue e deve perseguir a igualdade é a generalização, isto é, a formação de classes e o estabelecimento de regras pelas quais não se deve dirigir. Mas apresenta um perigo que não pode ser afastado por completo: tratar de um modo igual o que é realmente desigual.⁸⁷

Quando Tomás exige “igualdade proporcional” para a legitimidade (justiça) de uma lei, ele se refere a esta igualdade/desigualdade que a lei não cria, mas deve respeitar. Uma longa citação de Perelman pode ilustrar esse contraste entre uma igualdade artificial proposta na lei e a igualdade presente na realidade:

um exemplo conhecido e característico é o da revolta geral dos juízes ingleses, contrários à legislação em vigor no início do século, que previa pena de morte para todos os culpados de *grand larceny*, ou seja, de crime maior. A lei enumerava entre os crimes maiores qualquer roubo no valor de pelo menos 40 xelins. Durante anos os juízes avaliaram em 39 xelins, no máximo, qualquer roubo que fosse, pra não ter de punir o roubo com a pena de morte. Até o dia em que, em um processo de 1808, tendo sido avaliado em 39 xelins o roubo de 10 libras esterlinas, isto é, de 200 xelins, a ficção se tornou flagrante e a lei foi modificada pouco tempo depois.⁸⁸

A lei instituiu uma categoria geral, “crime maior”, e exemplificava o que entendia por este conceito, estipulando sempre a mesma pena: a morte. Assim, os crimes arrolados pela lei eram considerados de igual gravidade, merecendo a mesma pena. Perelman não explicita quais seriam os outros crimes, mas podemos supor que homicídio seria um deles. Para a lei, homicídio e roubo de 40 xelins são crimes iguais, merecendo, portanto, igual pena. Se do ponto de vista lógico ou formal os crimes são iguais, do ponto de vista material, isto é, ético-político, são desiguais. Os juízes se recusaram a aplicar uma lei que não respeitava a igualdade proporcional existente entre os delitos de uma sociedade. A lei ilegítima não gera ordem.

2. PUBLICIDADE

A lei é pública pelo seu fim, o bem comum. Não tem “razão de lei” nenhum preceito tendente a objetivos particulares ou privados. “Público” aqui tem o significado de “comum” e se opõe a privado enquanto “particular”.

A lei tem caráter público pelo seu âmbito material de aplicação, os atos exteriores, ações que podem ser avaliadas a partir de critérios que estão ao alcance de todos. Intenções, virtudes e vícios pessoais estão fora da regulação da lei. “Público” aqui significa externo e se opõe a privado enquanto interno. Outro traço da publicidade da lei é que a sua elaboração se dá por meio de uma fonte pública, o poder

político. A lei, preceito que vale para toda a comunidade política, deve ser produzida pela própria comunidade ou por aquele que está no lugar dela, o seu representante. Público aqui significa “pertencente ao povo” enquanto comunidade cívica, por oposição a privado como “o que pertence ou é aplicável a um só ou a alguns”. Público é, em suma, político por oposição ao não-político.

Esse último significado é o mais importante e remete ao significado originário da palavra grega para lei – *nomos*. *Nomos* é o limite, fronteira ou muro.⁸⁹ Em Homero é utilizado como “cerca de pastos”.⁹⁰ A lei estabelece o limite da *polis* como comunidade dos cidadãos. Infringir a lei é colocar-se fora da comunidade política.⁹¹ Hannah Arendt lembra que, para os gregos, a lei circunscrevia o espaço cívico como as muralhas circunscreviam o espaço físico da *polis*. Quem se conserva dentro da lei está na *polis*, quem a transgride se desloca para fora da *polis*. Assim, não há comunidade política a não ser para aqueles que estão submetidos à lei. A lei instaura um espaço que é comum aos cidadãos, o espaço público.

Essa tradição é de tal modo arraigada no mundo antigo que a idéia de que o povo (*populus*) como entidade política, distinto de um mero agregado de indivíduos visualizados na sua condição privada (*plebs, multitudo*), necessitava da lei para sua existência se faz presente em Cícero, Agostinho e Tomás, como mostra a citação deste último: “Como Agostinho diz, citando a sentença de Cícero, ‘povo é a associação da multidão, associada pelo consenso do direito e comunhão da utilidade’. Portanto, pertence à razão de povo que a comunicação dos homens entre si seja ordenada pelos justos preceitos da lei”.⁹² É interessante observar o contexto em que se encontra esta passagem: Tomás está explicitando em que condições os hebreus no xodo se constituem como povo. A passagem de um conjunto de tribos a um povo se dá pela submissão à ordem instituída pela lei revelada a Moisés. A partir daqui, as relações entre os indivíduos possuem um caráter público: pela obediência à mesma lei, reconhecem-se mutuamente como membros de um mesmo povo.

Um dos aspectos mais problemáticos da publicidade da lei é o que diz respeito ao conhecimento do conteúdo da lei. Público, aqui, significa divulgado, do conhecimento de todos. Opõe-se a privado como esotérico, aquilo que é do conhecimento só de alguns.

A tradição coloca a promulgação, que é o ato oficial pelo qual a lei chega ao conhecimento da comunidade, como um elemento essencial à definição de lei.⁹³ Pela promulgação, a lei é publicada, isto é, seu conteúdo como medida da ação torna-se público, do conhecimento de todos. O direito, ao se expressar como lei, assume uma forma que viabiliza sua obrigatoriedade. É crucial para o fenômeno jurídico, diz Ihering, que

aquilo que é reconhecido como direito, seja inevitavelmente aplicado como tal. Seu meio para conseguir isto é a forma, isto é, a fixação, a encarnação da

substância do direito em um corpo sólido, e, por isso mesmo, limitado. Na forma se descobre a força, e também a debilidade do direito.⁹⁴

Ihering inicia sua exposição sobre a importância do formalismo com a seguinte asserção sobre o direito: “A função do direito é realizar-se. O que não é realizável nunca poderá ser direito”. Mas o direito é realizável de dois modos. No primeiro modo, fala-se de realizabilidade material do direito, isto é, as circunstâncias sociais que viabilizam sua aplicação. No segundo modo, tem-se a realizabilidade formal, que é “a facilidade e a segurança na aplicação do direito abstrato às espécies concretas”.⁹⁵

Vive-se hoje um carnaval principiológico. O direito estabelecido em bases ético-materiais, com referência à liberdade, segurança, dignidade da pessoa humana (este é de todos, o princípio mais abusado), etc., parece constituir o direito substancial, ao passo que o direito estabelecido em bases formais pela lei é apenas um direito secundário, quando não um obstáculo ao jurista que deseja “aplicar os princípios”. Para verificar o despropósito de se ordenar a sociedade a partir de “princípios”, desdenhando-se o formalismo das regras legais, basta verificar o que ocorreria se o conceito de maioria ou cidadania (titularidade de direitos políticos) fosse adotado na forma de um princípio.

Segundo Ihering, pode-se

considerar maior de idade todo aquele que tenha discernimento e firmeza de caráter necessários para gerir seus próprios assuntos; será eleitor e elegível todo aquele que tenha capacidade e vontade de contribuir ao bem do Estado. Por muito justa que seja essa idéia, não por isso deixaria de ser absurdo erigi-la em lei sob essa forma abstrata, porque se perderia tempo e grande trabalho para discernir em cada caso concreto a existência dessas condições. O legislador criaria um manancial inesgotável de controvérsias e abriria largo campo ao arbítrio do juiz. [...] Como evitar esses inconvenientes? Em lugar das condições assinaladas, o legislador se fixaria em outras que tem com elas uma conexão regular, ainda que não necessária, mas que levam a vantagem de poder ser reconhecidas concretamente de um modo muito mais fácil e seguro, por exemplo, ter cumprido 25 anos para a maioria.⁹⁶

Em outros termos: os princípios têm baixa “realizabilidade formal”, isto é, são incapazes de enunciar de um modo público os casos a que se aplicam, sendo inviável, portanto, do ponto de vista político, impor a ordem a partir deles. É impossível impor a ordem no trânsito apelando para os princípios da segurança, do interesse geral e do respeito à vida, desdenhando as mezinhas regras que indicam, a partir

de critérios publicamente identificáveis, os direitos e deveres dos cidadãos: parar no sinal vermelho, não estacionar em local proibido, etc.

Aqui nos encaminhamos para o problema seguinte. Não basta que o conteúdo da lei seja de domínio público, ao restringir-se a situações que todos podem identificar, evitando apelar a princípios. É necessário que instituições políticas zelem pela publicidade da lei.

Em uma sociedade complexa, é impossível que os seus membros venham a conhecer, de fato, o conteúdo das leis. Assim, o brocardo “ninguém pode alegar o desconhecimento da lei” parece impor uma ficção. Mas, como vimos, aquilo que parece ser uma ficção do ponto de vista lógico é uma exigência da dimensão política da lei. A lei não pode impor a ordem, se for facultado ao agente invocar sua ignorância para furtar-se a ela. O hiato entre a dimensão lógica e a dimensão política do conhecimento da lei é preenchido por instituições políticas.

Em primeiro lugar, temos a corporação dos juristas como órgão político. Sua natureza política advém do seu papel ao levar ao conhecimento da sociedade o conteúdo das leis. Como os membros da sociedade não têm o tempo nem o treinamento para alcançarem o conhecimento do conteúdo da lei, o jurista profissional assume como função política tornar a lei conhecida, isto é, o jurista é um elemento do processo de promulgação (no sentido de tornar pública) da lei: “a função do jurista é preencher uma lacuna entre o mecanismo de publicação [...] e o conhecimento do membro leigo da sociedade”.⁹⁷

Para as funções de ordem, é vital que os funcionários do sistema (administração e Judiciário) apliquem uniformemente a lei. Isto significa duas coisas: que a aplicação seja coerente, vinculando-se aos precedentes, e que a aplicação seja universal, estendendo-se a todos os membros da sociedade. O caráter errático e lotérico da aplicação da lei implode a ordem. A possibilidade de recursos e a liberdade dos órgãos subordinados da administração e do Judiciário para estabelecerem o conteúdo da lei como medida encontra seu limite nas necessidades políticas de ordem. As idéias de coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido, precedente, sistema, não se justificam do ponto de vista lógico, mas político. O ordenamento jurídico deve procurar o equilíbrio entre discutir o conteúdo da lei (dimensão lógica) e decidir sobre este conteúdo (dimensão política), ou o equilíbrio entre racionalidade e politicidade da lei.

Em uma ordem democrática, isto é, igualitária, a ordem deve ser isonômica, ou seja, deve haver igualdade perante a lei. Esta igualdade é comprometida se não há uniformidade administrativa e jurisprudencial. A possibilidade de discutir o conteúdo lógico da lei é limitada pela exigência política de igualdade. Uma decisão ruim do ponto de vista racional, isto é, que não traduz adequadamente a lei como medida, mas aplicada a todos, é mais democrática do que uma boa decisão obtida somente para alguns. Sem uniformidade na aplicação, não há isonomia, e essa uniformidade é

obtida principalmente por um instrumento político: decisões de última instância sobre o conteúdo da lei que estabeleçam precedentes. Uma lei aplicada de modos diferentes sobre o mesmo corpo de cidadãos perdeu seu caráter público, cívico. Ela não instaura uma ordem comum: foi privatizada.

3. EFICÁCIA

Por eficácia entendemos aqui a qualidade da lei que a torna apta a se tornar efetiva na vida social. A eficácia é a capacidade da lei de produzir ordem. A tradição pensou a eficácia da lei a partir de uma reflexão sobre o costume. Como o costume é a ordem em ato, ao passo que lei é a ordem em potência, que pode ou não vir a realizar-se, a tradição prefere, por razões políticas, o costume à lei. A idéia é a de que a lei, se for efetiva, se torna costume. A lei bem-sucedida é costume, por isso o costume é o critério da lei: “o costume tem força de lei, abole a lei e intérprete das leis”.⁹⁸

O costume tem força de lei em virtude do seu autor, o povo. Como cabe ao povo elaborar as leis, ele, por atos reiterados, manifesta sua vontade de que determinada conduta seja tida por direito. A ordem é imposta diretamente pelo povo, sem mediação institucional.

O costume revoga a lei, quando os atos fora da lei “se multiplicam, em razão de alguma mudança dos homens, então se manifesta pelo costume que a lei não é mais útil”.⁹⁹ A lei visa ao bem comum, e este é relativo a uma determinada comunidade humana: o que é útil ou conveniente a determinada comunidade não o será à outra. Mas a comunidade muda ao longo do tempo. A mudança na situação concreta pode levar à constatação que o dever imposto pela lei não conduz mais ao bem comum. É necessária uma outra ordem. A lei, que emana do povo, é revogada pelo próprio povo.

O costume é intérprete das leis, seja porque ele fornece o pano de fundo a partir do qual o conteúdo da lei é inteligível, seja porque interpretações idiossincráticas levam à desordem. O costume estabelece os significados comuns, necessários à ordem. É por isso que Wittgenstein diz: “Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são hábitos (costumes, instituições)”.¹⁰⁰ Só há ordem intersubjetiva se as atividades mencionadas se fazem de um modo regular e previsível instituído pelo costume.

A necessidade da lei de ser eficaz é o motivo que leva a tradição, desde Aristóteles, a defender a moderação na mudança das leis. Uma lei antiga, mas eficaz, é preferível a uma lei nova melhor, que não tem garantia de eficácia. A lei antiga tem o apoio do costume, e, portanto, a ordem que ela propõe foi assimilada pelos cidadãos:

a própria mudança da lei tem em si mesma certo prejuízo da salvação comum [...] porque quando se muda a lei, diminui a força coercitiva da lei, enquanto se abole o costume. E assim, nunca se deve mudar a lei humana a não ser que compense a salvação comum tanto quanto a mudança lhe subtraiu.¹⁰¹

Vê-se aqui, novamente, a importância da função política da lei, que é a produção da ordem. Aristóteles e Tomás de Aquino preferem uma lei sofrível, mas provada pelo costume, do que uma lei melhor, não provada pelo costume.

Quando a tradição discute se as leis devem ser mudadas sempre que surja uma nova proposta de regulação social, sua posição é a de que as leis só devem ser mudadas em virtude de uma necessidade imperiosa, e não apenas por uma melhora pontual. A mudança da lei é a troca de uma ordem já existente por uma ordem desejada. Ainda que esta última seja melhor, ela é incerta. A comunidade pode sofrer as conseqüências de uma ausência de ordem diante da nova regulação. Por isso, não se devem mudar as leis salvo “porque uma máxima e evidentíssima utilidade provém do novo estatuto”.¹⁰²

A possibilidade de efetividade ou eficácia da lei foi tratada por Carl Schmitt a partir da noção de normalidade: “A normalidade da situação concreta regulada pela norma [...] não é um pressuposto externo da norma [...] mas uma característica jurídica essencial da validade da própria norma”.¹⁰³ A lei, como toda norma, pressupõe a normalidade da situação. Se esta se tornou anormal, a norma deixa de valer. Uma lei eficaz é aquela que prevê uma situação normal presente na sociedade. Em termos schmittianos: a ordem instituída pela lei é coerente com a ordem concreta da sociedade.

Podemos ilustrar essa última asserção lembrando o polêmico tabelamento constitucional de juros que vigorou no Brasil durante anos. A Constituição de 1988 previa que a taxa máxima de juros a ser praticada no Brasil seria de 12%. Em uma economia inflacionária e com um governo sem crédito no mercado por seu gigantesco déficit fiscal, os juros praticados ultrapassavam em muito o limite constitucional. O Supremo Tribunal Federal saiu-se com uma curiosa decisão: o dispositivo constitucional não era auto-aplicável. Era necessária uma regulamentação infraconstitucional que tornasse aplicável o tabelamento de juros. De um ponto de vista lógico, fazer depender a obrigatoriedade da constituição de uma regra infraconstitucional que teria, *grosso modo*, o mesmo conteúdo (os 12% da constituição são de fato 12%) soa como algo despropositado. Mas foi a saída política dos ministros do STF para a óbvia ineficácia da lei constitucional: não estava dada a situação de normalidade macroeconômica no Brasil que permitissem juros no patamar desejado pelo constituinte.

Importa notar que, se há um vínculo lógico da lei com a realidade, e que foi expresso na noção de objetividade, também há um vínculo político, que se manifesta na noção de eficácia.

III. O SENTIDO ÉTICO DA LEI: A LEI COMO ALIANÇA

PRELIMINARES

Com o termo “sentido” pretende-se designar um tipo peculiar de finalidade (*telos*) ou objetivo: o sentido é um fim último, unificante de fins imediatos. Assim, fala-se em

sentido da vida quando está em jogo um propósito ou objetivo fundamental da vida humana, a felicidade, a honra, a ordem cósmica, a vontade de Deus, etc. O sentido da vida não é (ou não deveria ser) invocado para fins menores, como comprar um carro novo, mudar de cidade, etc.

O propósito imediato de uma lei pode ser aumentar a arrecadação, incrementar a segurança, favorecer o crescimento econômico, etc., todos esses fins sendo aspectos do bem comum concreto de uma comunidade política. Mas o sentido, a finalidade última da lei, é promover a coexistência. Na filosofia clássica, essa coexistência era denominada de amizade: a “amizade é uma relação”¹⁰⁴ de convívio, em que o outro, o amigo, é reconhecido como “outro eu”.¹⁰⁵ O sentido último da lei de uma comunidade é fomentar a amizade, isto é, permitir que os participantes de uma relação social autocompreendam-se como constituindo um “nós”: “a intenção principal da lei humana é, com efeito, procurar a amizade dos homens entre si”.¹⁰⁶ Já em Aristóteles está presente a idéia de que “a amizade mantém unidas as cidades, e os legisladores consagram mais esforços a ela do que à justiça”.¹⁰⁷ O sentido da lei é expressar um pacto de amizade ou uma aliança entre os membros da comunidade: é uma manifestação não da *vontade de poder*, mas da *vontade de comunidade*, de viver com outrem. A lei explicita as condições da coexistência. A vontade de coexistir é o pressuposto do estabelecimento das condições de coexistência. A ausência de vontade de comunidade faz com que a lei perca seu sentido. Os fins particulares da lei são múltiplos, pois o conteúdo do bem comum é variável: o sentido, que pertence à razão de lei, é permanente.

Para esclarecer o que significa conceber a lei como instituindo uma aliança, teremos que recorrer ao conceito de aliança (*b'rith*) da tradição bíblica, que fornece um conceito de lei distinto dos três modelos básicos de concepção de lei no Ocidente, segundo Hannah Arendt.

O primeiro deles é o *nomos* grego. Como foi visto acima, o *nomos* representa o limite, a fronteira entre a *polis* e o mundo exterior, os cidadãos e os estrangeiros: “A lei é a fronteira (...) dentro da qual nasce o espaço da verdadeira coisa política”.¹⁰⁸ O *nomos* é o *limite* da política e da cidadania. Daí, segundo Hannah Arendt, a impossibilidade de a Grécia clássica constituir-se em reino, uma vez que as leis de uma *polis* só poderiam valer internamente, sendo descartada a possibilidade de leis “nacionais”.

Em segundo lugar, temos a *lex* romana. A *lex* significa “originalmente ligação duradoura, e, em seguida, contrato tanto no direito do Estado como no direito privado”.¹⁰⁹ A *lex* é o contrato que une povos distintos, a começar pelos patrícios e plebeus, que vinculam-se entre si pela Lei das XII Tábuas. A *lex* tem um peso insignificante no direito privado, sendo utilizada principalmente como instrumento de política exterior. Os povos submetidos tornavam-se “aliados” dos romanos por meio de uma lei votada pelo povo romano que especificava as cláusulas.

Pode-se dizer que a *lex* é essencialmente um contrato de direito internacional público, um *tratado*.

O terceiro modelo de lei é o da *mitzvá* bíblica, o “modelo pelo qual o Ocidente construiu a imagem da quintessência de todas as leis” é um modelo “de origem hebraica, e era representado pelos divinos mandamentos do Decálogo”. Assim, as “leis eram tidas como mandamentos e interpretadas em consonância com a voz de Deus que ordenava aos homens: não o farás”.¹¹⁰ Ao contrário do *nomos* grego e da *lex* romana, que possuíam uma estrutura horizontal, unindo iguais, a *torá* (lei) entendida como *mitzvá* é essencialmente vertical, um *comando* de um superior a um subordinado.

Deve-se observar que, ao tratar do significado da *torá* bíblica e de sua recepção pela tradição judaico-cristã, a exposição de Arendt refere apenas uma possibilidade. De fato, a lei divina foi interpretada como essencialmente um comando em vários momentos do desenvolvimento da tradição judaico-cristã. O movimento dos fariseus, no século I d.C., a interpretação de Guilherme de Ockham e Thomas Hobbes da lei divina, bem como a adesão a essa concepção de lei de incontáveis membros da tradição judaico-cristã, influenciaram, sem dúvida, a concepção de lei no Ocidente. Mas há uma outra concepção de *torá*, presente no Pentateuco e nos Evangelhos: a lei entendida como conteúdo de uma aliança, *b'rith*: “a intenção da lei divina é constituir a amizade do homem para com Deus”.¹¹¹

O conceito de aliança se torna relevante em uma discussão de direito público quando se tem presente o ensinamento de Carl Schmitt de que “todos os conceitos significativos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”.¹¹² O conceito de lei na teoria do Estado de Bodin, Hobbes, Austin e Kelsen é o de um mandamento secularizado. O que propomos, e que está implícito na experiência da legalidade, é a de que a lei tem sentido quando expressa uma aliança entre aqueles que se submetem a ela. Este sentido é ético, no sentido mais radical deste termo, anterior à questão “o que eu devo fazer?”, próprio da lei como medida, e “que tipo de comunidade queremos ter?”, vinculado à lei como ordem. A lei entendida como aliança manifesta uma relação entre as pessoas humanas e constitui o núcleo da razão de lei.

1. A LEI COMO ALIANÇA NA BÍBLIA

O conceito de aliança (hebraico *b'rith*) é central para a tradição judaico-cristã. Israel é o povo da aliança, e Jesus Cristo apresenta-se como o autor da “nova e eterna Aliança”.

Pela aliança, Deus e o povo hebreu vinculam-se um ao outro. A fórmula da aliança¹¹³ é: “Serei o vosso Deus e vós sereis o meu povo”.¹¹⁴ Na aliança, a identidade dos participantes é alterada, tornando-se relacional. Iahweh é Deus e Israel, um povo entre os outros. Após a aliança, Iahweh passa a ser o “Deus de Israel” e Israel, o “povo de Deus”.

A distinção fundamental entre a aliança e um contrato (ou tratado) passa pelo seu objeto: neste último, o objeto são interesses, e não a própria identidade, de tal forma que a identidade do contratante não é alterada. No contrato, busca-se um bem exterior aos contratantes. Na aliança, o bem é o outro. Por isso, a principal metáfora bíblica da Aliança não é o contrato entre vassalo e suserano ou o tratado entre povos aliados, mas o matrimônio.¹¹⁵ O contrato é um pacto de justiça, que estabelece *deveres recíprocos*. A aliança, como o matrimônio, é um pacto de amor ou de amizade, para utilizar a terminologia aristotélico-tomista. Ao passo que o contrato estabelece deveres recíprocos, a aliança estabelece uma *identidade recíproca*: Deus é o Deus do povo, o povo é o povo de Deus, o esposo e a esposa pertencem-se reciprocamente.

A Aliança que Deus faz com o povo hebreu materializa-se no Decálogo, os “dez mandamentos” gravados em duas tábuas, e outorgado por Deus no Sinai. Os mandamentos são as cláusulas da aliança, as condições em que o homem necessita realizar para se manter na aliança. Na primeira tábua, encontram-se três preceitos referidos a Deus: vedação da idolatria, veneração pelo nome divino, repouso no dia consagrado a Deus (sábado). Na segunda tábua, estão compreendidos os preceitos referidos ao próximo: ou formulados positivamente, como honrar pai e mãe, ou negativamente, como a vedação do homicídio, do roubo, do falso testemunho (mentira), do adultério, da cobiça das coisas alheias.

As dez palavras, que constituem a *torá*, a Lei, são a expressão da aliança, de tal modo que a Lei nada mais é do que a tradução prática da aliança: “Moisés escreveu nas tábuas *as palavras da aliança, as dez palavras*”.¹¹⁶ “Ele vos revelou então a *aliança* que vos ordenara cumprir: *as dez palavras*, escrevendo-as em duas tábuas de pedra.”¹¹⁷ Daí ser unilateral o juízo de Hannah Arendt sobre os mandamentos: eles não devem ser entendidos primariamente como comandos. O seu caráter vinculante deriva menos de um comando do que da referência do próprio bem e da própria identidade a outrem. A obediência às “palavras”, mais do que seguir uma regra ou adequar-se a uma ordem, é, antes, a *confirmação da aliança* pelos atos humanos, assim como o próprio Deus o faz com suas bênçãos: “Confirmarei a minha aliança convosco”.¹¹⁸ Para utilizar a metáfora bíblica do matrimônio, o cumprimento dos deveres recíprocos dos esposos não constitui primariamente submissão a cláusulas de justiça estipuladas em contrato, mas a confirmação da sua aliança por atos, isto é, a vontade de reiterar a referência da própria identidade a outrem. A justiça não substitui o amor/amizade, mas decorre dele.

É importante reforçar o fato de que a Bíblia não fala em “dez mandamentos”, mas “dez palavras”. Aliás, é isso que “Decálogo” significa literalmente. O próprio termo *torá*, que foi traduzido ao grego como *nomos* (lei), significa originalmente instrução, ensino.¹¹⁹ Em Tomás de Aquino, esta compreensão da lei divina como instrução está presente: “O princípio que move exteriormente ao bem é Deus, que *nos instrui pela lei* e ajuda pela graça (não há grifo no original)”.¹²⁰

Como ensino, a *torá* é antes a manifestação de uma verdade do que a imposição de um preceito. A verdade, na tradição clássica, é o fundamento do bem. A idéia de *torá* como fundamento está presente na sua etimologia: “a palavra *torá* deriva da raiz hebraica *iaro* (lançar ou projetar). Em Jó 38,6 encontramos a melhor definição deste verbo, pois significa: projetar os alicerces de um edifício”.¹²¹ O texto referido de Jó é o seguinte: “(...) quem assentou sua pedra angular”. A partir desta explicação, a *torá* estabelece a verdade sobre a qual é edificada a práxis humana. A verdade que a *torá* expressa é a de que o fundamento da própria existência e da própria felicidade é o outro. Só há vida propriamente humana na aliança com o outro. Daí a afirmação bíblica de que viver a aliança é escolher a vida e a felicidade e recusar a aliança equivale a escolher a própria destruição.¹²²

Outra característica do Decálogo que o afasta da idéia de comando é a ausência de punições, as palavras não são comandos, estes sempre coercitivos. A motivação para obedecer é a vontade de estar unido ao outro, e não o receio de ser penalizado.

Um exemplo da *torá* interpretada como aliança vê-se na doutrina e na prática de Jesus de Nazaré. É freqüente nos Evangelhos a discussão sobre o descanso sabático. A interpretação oferecida pelos fariseus e escribas é estrita: não há dispensa para a vedação de trabalho no sábado. Jesus se opõe ao rigorismo farisaico apelando para o sentido da lei, que é o de expressar a aliança. Em um dos episódios que envolvem o sábado (Marcos 2, 23-27), os discípulos são censurados pelos escribas e fariseus por arrancar espigas ao atravessar um campo, pois isso é considerado “trabalho” proibido pelo Decálogo. Jesus, para declarar lícita a ação dos discípulos, enuncia o sentido, a finalidade última do sábado, o bem do homem: “O sábado foi feito para o homem, e não o homem para o sábado”.¹²³ A aliança tem por objetivo o bem dos que a integram. O mandamento, como conteúdo da aliança, deve ser interpretado tendo em vista a realização humana. Do contrário, perde o seu sentido. Não tem mais razão de lei.

2. PESSOA, AMIZADE E LEI

O jusnaturalismo se articula a partir da tese correta de que o ser humano tem uma natureza que lhe é própria, e que essa natureza tem caráter normativo para ele. Mas somente um ser “que é mais do que natureza, e algo distinto da natureza, pode considerar a natureza como norma”.¹²⁴ Ou seja, somente o ser humano entendido como pessoa, isto é, como um ser que “tem uma natureza”¹²⁵ e não é sua natureza, pode aderir à lei natural ou ao direito natural. Só aquele que não se identifica com sua natureza pode assumi-la como uma norma.

O ser humano *tem* uma natureza racional e uma natureza política e, por *tê-las*, as transcende. A pessoa é um sujeito, um “eu” cujo conteúdo é sua natureza humana e as determinações acidentais acrescentadas a ela, mas que não se reduzem a ela: “quem somos não se identifica evidentemente com o que somos”.¹²⁶ A identi-

ficação de um ser humano como pessoa não está na dependência da verificação empírica da presença de certas qualidades: riqueza, saúde, pertença a um grupo étnico, gênero, etc. A pessoa transcende as suas qualidades e, portanto, não pode ser identificada por elas. Identificar alguém como pessoa é reconhecê-la como sujeito e não objeto, alguém e não algo. É identificar o outro como tendo uma subjetividade própria, um “eu” próprio. Na medida em que a experiência de um “eu” é dada para cada um imediatamente, o reconhecimento do outro como um “eu” só pode ser feito a partir de si, isto é, o outro como pessoa é sempre um “outro eu”.

Ora, o reconhecimento do outro como “outro eu” é a essência da relação que os clássicos denominam de amizade: A “amizade é uma relação”¹²⁷ de convívio em que o outro, o amigo, é reconhecido como “outro eu”.¹²⁸ O outro só se apresenta como pessoa na amizade. Há uma relação *a priori* de amizade entre todas as pessoas: “cada pessoa mantém *a priori* com todas as demais uma relação”.¹²⁹ A relação de amizade entre as pessoas é *a priori* porque descarta qualquer qualificação ulterior (gênero, etnia, classe, idade) para considerar alguém como fazendo parte da comunidade das pessoas. Tomás descreve como se apresenta a amizade que une as pessoas humanas entre si: ela aparece em ocorrências triviais, como “quando alguém erra o caminho e pergunta, mesmo ao desconhecido e estranho, pelo caminho perdido, como se todo homem fosse naturalmente familiar e amigo de todo homem”.¹³⁰

A amizade possui três elementos: a benevolência, a reciprocidade e a comunicação. A seguir, vamos aplicá-los à questão do reconhecimento do outro como pessoa.

Em primeiro lugar, a benevolência. Reconhecer o outro significa afirmar o seu valor. De fato, reconhecer o outro como pessoa é confirmá-lo na sua auto-estima, é assumir o seu bem como fim próprio. Pela benevolência, quer-se o bem do outro como fim, não como meio para o próprio bem: “os homens, pela amizade, querem o bem dos amigos pelos amigos mesmos. Pois, se quisessem o bem destes em razão deles mesmos, seria querer-se a si mesmos, mais que querer aos outros”.¹³¹ Isso significa que o ser humano reconhecido como pessoa não será instrumentalizado, seu valor não é colocado na dependência da utilidade ou prazer que possa proporcionar.

Em seguida, a reciprocidade: “Os amigos obtêm o mesmo do outro e querem o mesmo um para o outro”.¹³² A possibilidade de perceber-se como “eu” depende da capacidade de identificar o outro como “outro eu”. A constituição de si mesmo como sujeito depende da percepção do outro como sujeito. Spaemann afirma que o reconhecimento do outro como pessoa é simultâneo à tomada de consciência de si como pessoa: “o próprio ser pessoal não se dá antes do ser pessoal dos demais”.¹³³

Por fim, a comunicação. “Comunicação” descreve a situação em que algo é comum ou a atividade de pôr algo em comum. A comunicação na amizade é a

partilha da própria vida: “toda amizade se funda em uma comunicação de vida. Com efeito, observa o filósofo, nada é tão próprio da amizade como conviver”.¹³⁴ Em certo sentido, a comunicação é o fundamento da amizade, uma vez que somente reconhecendo no outro algo em comum consigo é que é possível considerá-lo um outro eu. A comunicação neste nível se dá na idéia de que todos os seres humanos compartilham o *status* de pessoas.

O caráter pessoal do ser humano permite explicar os limites da lei como medida e como ordem.

Em primeiro lugar, o universal da lei só pode ser alcançado a partir da própria singularidade. Conceitos universais são objetivos, mas essa objetividade é sempre captada a partir de uma subjetividade. A insistência dos clássicos na necessidade de virtudes no legislador e no julgador baseia-se na idéia de que, para sujeitos diferentes, as medidas vão se apresentar de modos diferentes. Toda regra e medida existem em função de um fim. Ora, “segundo a índole de cada um, tal lhe parece o fim”.¹³⁵ Como as regras só indicam explicitamente o comportamento a ser adotado, mas não o fim a que visam,¹³⁶ a interpretação correta das regras vai depender de que seja aplicada pelas pessoas adequadas, aquelas que estão em condições de apreender o fim do preceito. Isso significa, na tradição, que os intérpretes devem possuir três virtudes: justiça, prudência e amizade.

No tocante à lei como ordem, tem-se o problema da relação todo e da parte. A pessoa é um todo. Nenhuma totalidade, nenhum grupo, mesmo a comunidade política, pode abarcá-la como meramente uma “parte”. Isso faz com que a lei, entendida como ordem, não possa pretender uma adesão incondicional. A idéia de objeção de consciência e desobediência civil tem aqui lugar. Porque o ser humano é mais que um animal político, é uma pessoa, é que ele pode discordar da ordem imposta pela lei, algo impensável para os gregos. Sua consciência é a afirmação do incondicionado em face do condicionado da ordem da comunidade política. No horizonte da pessoa, cuja consciência não pode ser suprimida pelas necessidades da ordem política, é compreensível a asserção de Thoreau: “o povo norte-americano deve pôr fim à escravidão e deve parar de guerrear contra o México, mesmo que isso lhe custe a existência como povo”.¹³⁷

Assim, a lei como medida e a lei como ordem não esgotam a experiência da lei. O ser humano exige ser reconhecido como pessoa, e, por isso, a mediação social da lei deve incorporar uma relação de amizade. A medida exposta na lei e a ordem por ela imposta devem respeitar o caráter de pessoa do ser humano, e isso só ocorre se a amizade for o sentido da lei. Pode-se propor como fórmula da aliança que existe entre os seres humanos e que deve se expressar na lei a regra de ouro: “Faze ao outro o que queres que façam a ti”.

A tentativa de pensar as questões acerca dos fundamentos da lei a partir da regra de ouro foi, no junsnaturalismo ocidental, desenvolvida por Tomás de Aquino.

3. AMIZADE E REGRA DE OURO NO JUSNATURALISMO TOMISTA

Se a noção de lei como medida e como ordem está presente em Aristóteles e, de um modo sistemático, em Tomás de Aquino, não podemos afirmar o mesmo sobre a lei como aliança. A tradição tomista é aqui invocada porque permite pensar a lei como aliança. De fato, o pensamento jusnaturalista de Tomás não está fundado na idéia de justiça, mas no conceito de amizade.

O Decálogo contém exigências da lei natural, isto é, seus preceitos são imposições da razão prática a todo ser humano. Preceitos como “não matar”, “não roubar”, são acessíveis à razão natural de qualquer um. Estes preceitos, como os outros da segunda tábua, prescrevem o que é devido a outrem, isto é, traduzem deveres de justiça: “os preceitos da segunda tábua contêm a própria ordem da justiça a ser observada entre os homens, a saber que a ninguém se faça o indevido, e se dê a cada um o devido”.¹³⁸

Ao comentar os deveres de justiça do Decálogo, Tomás os reconduz ao mandamento do amor. Para Tomás, os deveres de justiça derivam de um dever último de amizade: “Deve-se dizer que, como diz o Apóstolo, ‘aquele que ama o próximo, cumpriu a lei’, isto é, porque todos os preceitos da lei, principalmente ordenados ao próximo, parecem ordenar-se a esse fim: que os homens se amem mutuamente”.¹³⁹ Em outra passagem, Tomás afirma a mesma relação entre o amor ao próximo como fim e os preceitos de justiça como meios: “Alguns (preceitos) são certíssimos e de tal modo manifestos que não precisam de publicação, como os mandamentos do amor de Deus e do próximo, e outros semelhantes (...), os quais são como que fins dos preceitos. Portanto, neles ninguém pode errar segundo o juízo da razão”.¹⁴⁰ O preceito do amor ao próximo, na terminologia tomista, é um preceito primário, evidente. Os preceitos secundários, como são os preceitos do Decálogo, por serem decorrências próximas dos preceitos primeiros, são preceitos derivados. Os preceitos da primeira tábua, que se referem a Deus, são derivados do mandamento do amor a Deus; os preceitos da segunda tábua, que se referem ao próximo, são derivados do mandamento do amor ao próximo: “aqueles dois preceitos (amor a Deus e ao próximo) são preceitos primeiros e comuns da lei da natureza, os quais são evidentes por si à razão humana, ou pela natureza ou pela fé. E assim todos os preceitos do decálogo referem-se àqueles dois, como as conclusões aos princípios comuns”.¹⁴¹

É mérito de John Finnis ter mostrado que os deveres naturais de justiça, em Tomás, derivam de um dever de amizade que pode ser expresso na regra de ouro.¹⁴² Com isso, ele inova a interpretação de Sto. Tomás, pois a maior parte dos tomistas não atribui qualquer papel à regra de ouro na sistematização da lei natural.¹⁴³

O texto central que conecta a regra de ouro com o mandamento do amor é o seguinte: “como é dito no livro IX da *Ética a Nicômaco*, a ‘amizade que se tem para com o outro vem da amizade que o homem tem para si mesmo’, a saber, o homem

se tem para com o outro como para consigo. E assim, no ditado, ‘todas aquelas coisas que quiserdes que vos façam os homens, também fazei-a a eles’ explica-se uma regra de amor do próximo, que também está implicitamente contida no ditado ‘amarás teu próximo como a ti mesmo’. Trata-se, pois, de uma explicação deste mandamento”.¹⁴⁴ Lembremos que Sto. Tomás define a caridade como uma espécie do gênero amizade: “A caridade é uma amizade”,¹⁴⁵ e que sua teoria da amizade é fundada em Aristóteles. A regra de ouro é, portanto, uma regra de amizade, implícita no mandamento do amor e ao mesmo tempo constitui um critério para a atualização desse amor/amizade. Como tal, seus elementos são os mesmos da amizade: benevolência, reciprocidade, comunicação: “um homem é amigo de outro quando faz ao amigo o que faria a si mesmo”.¹⁴⁶ O amigo quer para o outro (comunicação) o bem (benevolência) que quer para si (reciprocidade).

A regra de ouro é a descrição, em termos deônticos, de uma relação de amizade. O amigo é um outro eu. A regra de ouro prescreve: faz ao outro o que queres que o outro faça a ti, ou trata-o como um outro eu, isto é, trata-o como amigo. Por isso, Tomás afirma a equivalência das expressões próximo, irmão ou amigo: “Não tem nenhuma importância chamá-lo de próximo ou de irmão, como na *Primeira carta de João*, ou amigo como no *Levítico*, pois todas estas palavras designam a mesma afinidade”.¹⁴⁷

Com a regra de ouro, Tomás laiciza o mandamento do amor e propõe uma apresentação filosófica de uma verdade revelada. De fato, quando comenta a asserção do Decreto de Graciano de que “o direito natural é o que se contém na Lei e no Evangelho”, responde com a própria autoridade de Graciano, que teria imediatamente acrescentado a asserção referida a seguinte: “pelo que cada um é ordenado a fazer aos outros ou que quer que seja feito a ele”.¹⁴⁸ Ou seja, a moral evangélica ultrapassa a lei natural, mas assume-a na forma sintética da regra de ouro, prescrita por Jesus duas vezes: “Tudo aquilo, portanto, que quereis que os homens vos façam, fazei-o vós a eles, pois esta é a Lei e os profetas” (Mateus 7, 12); “como quereis que os outros vos façam, fazei-o vós a eles” (Lucas 6, 31).

4. A REGRA DE OURO COMO PRINCÍPIO DA LEI HUMANA

No jusnaturalismo tomista, toda lei positiva deriva da lei natural. Como o princípio central da lei natural nas ações intersubjetivas é a regra de ouro, a lei positiva humana passa a ser vista como tendo a finalidade de estabelecer uma relação de amizade, podendo ser definida como aliança, antes que medida ou ordem: “Como a intenção principal da lei humana é, com efeito, procurar a amizade dos homens entre si, assim a intenção da lei divina é constituir a amizade do homem para com Deus”.¹⁴⁹ Vê-se a analogia entre a lei divina e a lei humana: nas duas trata-se da amizade. Em outra passagem, ele reafirma a mesma idéia: “Deve-se dizer que, como afirma o apóstolo, ‘o fim do preceito é a caridade’. Com efeito,

a isso toda lei tende, de modo que constitua a amizade ou dos homens entre si, ou do homem para com Deus. E assim toda lei é realizada em um só mandamento: ‘Amarás teu próximo como a ti mesmo’, como um fim de todos os mandamentos”.¹⁵⁰ O núcleo da razão de lei é instituir uma relação de amizade, uma aliança. O conteúdo da lei consiste em explicitar as condições em que a relação de amizade pode se desenvolver.

Podemos dizer que a lei humana é uma “aliança secularizada”. Uma vez que toda lei é pensada como estabelecendo uma relação de amizade, isto é, é pensada como aliança, tanto a lei divina expressa a aliança (relação de amizade) entre Deus e a humanidade, a lei humana expressa a aliança (relação de amizade) entre pessoas humanas de uma mesma comunidade política, e a lei natural expressa a aliança (relação de amizade) entre todos os seres humanos.

O conteúdo da lei é um dever de justiça, a lei declara o justo. Mas a justiça só existe no interior de uma relação de amizade. De fato, o justo é “o bem de outrem”.¹⁵¹ Realizar um ato de justiça é fazer o bem a outrem, e somente a disposição de fazer esse bem, a benevolência da amizade, pode sustentar a prática da justiça. Não há um dever de justiça de ser justo e também não há uma norma última que prescreva obedecer as normas. Os deveres de justiça repousam sobre um dever de amizade, e este repousa na condição de pessoa de todos os seres humanos.

Os deveres de justiça veiculados pela lei só adquirem força obrigatória se traduzirem uma aliança entre as pessoas. O sentido da lei é a aliança, *b’rith*. O conteúdo da lei é o *mitzvá* – o mandamento. Assim a lei divina, a aliança com Deus, tem seu sentido explicitado no mandamento de amar a Deus, a lei humana, tem seu sentido na aliança que estabelece entre as pessoas, sentido que pode ser explicitado na regra de ouro.

Analisemos um caso concreto.

Em 1.º de dezembro de 1955, Rose Louise Parks, cidadã afro-americana da cidade de Montgomery, Alabama (EUA), foi presa e condenada a pagar uma multa por violar a lei segregacionista local. Esta lei previa que afro-americanos deveriam ceder seus assentos no ônibus para usuários brancos. Rose Parks recusou-se a ceder seu assento para um branco e foi presa em decorrência de seu ato. Esse acontecimento desencadeou um movimento que iria revogar toda a legislação racista do Sul dos Estados Unidos.

A lei em questão pode funcionar como medida: o comportamento prescrito é facilmente constatável. Também impõe um certo tipo de ordem, uma ordem de segregação, que só atende os interesses da maioria branca. Ainda que seja uma medida corrompida de uma ordem corrompida, podem-se verificar nela vestígios formais de razão de lei. Mas para Rosa Parks o preceito não tinha razão de lei porque não tinha o sentido de aliança. O seu sentido, para ela, era o de um comando do aparato estatal. A lei em foco não é um pacto de amizade, por isso não pode impor um dever

de justiça. Não há benevolência: não se quer o bem dos afro-americanos. Não há reciprocidade: os brancos não devem ceder seus lugares aos negros. Não há comunicação: o transporte público não é um bem comum, mas é privatizado em favor de um grupo étnico. Rosa Parks não tinha um dever jurídico (de justiça), porque não tinha diante de si um preceito que pudesse identificar como lei *para ela*, porque não constitui uma aliança na qual ela esteja incluída. A motivação que deu origem à lei não é uma vontade de comunidade. A lei segregacionista não podia pretender ser uma aliança, porque não poderia ter seu sentido explicitado nos termos da regra de ouro.

CONCLUSÃO

É possível determinar se um preceito tem razão de lei examinando sua estrutura, função e sentido. O preceito tem razão de lei quando se apresenta como uma medida, um padrão universal objetivo de igualdade. Também tem razão de lei quando impõe uma ordem legítima, pública e eficaz. Mas o critério essencial para determinar se o preceito é ou não uma lei é o seu sentido: o preceito estabelece ou não uma aliança?

A aliança impede que a dimensão lógica e política da lei se perverta: ela é fator de conservação da razão de lei. Ela impede que o racional da lei se torne desarrazoado na aplicação e que a política se torne guerra na qual a lei seja apenas uma “arma”.¹⁵²

A lei institui um mundo comum, no qual há medida, ordem e amizade. Aquele que se coloca fora da lei lembra os adormecidos de Heráclito: “Para os despertados, há um mundo único e comum; entre os adormecidos, porém, cada um se dirige ao seu próprio mundo”.¹⁵³

: ARTIGO APROVADO (08/10/2007) : RECEBIDO EM 14/03/2007

NOTAS

1 Revista *Historia y Vida*, Madrid, n. 457.

2 Tomás de Aquino, *Suma Teológica* I-II, q. 93, a.3. De agora em diante, S.T.

3 José Reinaldo de Lima Lopes, a quem devo a idéia deste artigo (o que não o compromete com os meus erros), preferiu traduzir *ratio legis* por sentido de lei. Cf. *Curso de história do direito*, p. 48. Vamos atribuir ao termo “sentido” um

significado mais restrito.

- 4 Lógico será tomado, salvo indicação contrária, como sinônimo de racional (do grego *logos* – razão).
- 5 A escola aristotélico-tomista será denominada simplesmente de “tradição” ou “realismo”, esta última denominação referindo-se à escolha de estabelecer o ser, e não o pensamento, como ponto de partida da reflexão filosófica.
- 6 Este termo não existe na língua portuguesa. Em espanhol utiliza-se o termo é “politicidad”. Cf. Felix Lamas, *La experiencia jurídica*, p. 522. O significado que nós pretendemos é bastante óbvio: politicidade é a utilização como predicado do substantivo “político”.
- 7 Ética X, 9, 1180^a.
- 8 Política III, 16, 1287^a.
- 9 S.T., I-II, q. 90, a. 1.
- 10 S.T. I-II, q. 90, a. 2.
- 11 S.T. I-II, q. 57, a. 1.
- 12 Política VII, 4, 1326a
- 13 Ética V, 1, 1129b.
- 14 S.T. II-II, q. 60, a. 5.
- 15 S.T. II-II, q. 58, a. 5.
- 16 S.T. I-II, q. 99, a. 3.
- 17 I-II, q. 91, a. 5.
- 18 Sobre o equívoco de pensar a perspectiva interna e externa como perspectivas que se excluem mutuamente, cf. Giovanni Agostini Saavedra, *Interpretação e reconhecimento. Realismo*, Porto Alegre, n. 2.
- 19 José Reinaldo de Lima Lopes, *As palavras e a lei*, p. 89.
- 20 Henrique Cláudio de Lima Vaz, *Escritos de filosofia II*, p. 49.
- 21 Tomás de Aquino, *Sobre la verdad*, q. 1, a. 2.
- 22 “O justo meio é a conformidade do desejo e da ação à regra racional, que é a sua medida. Se esta regra tem também a sua própria medida, esta medida não é uma outra regra – ir-se-ia assim ao infinito – mas a própria realidade das coisas.” René-Antoine Gauthier, *Introdução à moral de Aristóteles*, p. 71.
- 23 José Reinaldo de Lima Lopes, *As palavras e a lei*, p. 90.
- 24 Ludwig Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, n. 225.
- 25 Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, p. 19.
- 26 Idem, *ibidem*, p. 89.
- 27 Idem, p. 158.
- 28 Leônidas Hegenberg, *Dicionário de lógica*, p. 99.

- 29 Aristóteles, *Topiques*, I, 7, 103a
- 30 Ursula Wolf, *Identidade*, p. 131.
- 31 Aristóteles, *Topiques*, I, 7, 103a.
- 32 Ursula Wolf, *Identidade*, p. 133.
- 33 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, V, 5, 1133b.
- 34 Idem, *ibidem*, 1133a.
- 35 Idem, *Política*, III, 1282b.
- 36 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, V, 6, 1134a.
- 37 Idem, *Política*, III, 16, 1287a.
- 38 Idem, *ibidem*, III, 9, 1280a.
- 39 Idem, , 12, 1282b.
- 40 Chaïm Perelman, *Ética e direito*, p. 64.
- 41 Ludwig Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, n. 199.
- 42 José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos sociais: teoria e prática*, p. 255.
- 43 Lima Lopes define as decisões referidas como “obras de misericórdia” (p. 261).
- 44 ST, I-II, q. 96, a.1.
- 45 Aristóteles, *Sobre la interpretación*, 7, 17b.
- 46 ST I-II, q. 90, a.1.
- 47 Tomás de Aquino, *Comentário a la Ética a Nicômaco*, n. 731.
- 48 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, V, 10, 1137b.
- 49 Antônio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes in Aristóteles, *Política*, p. 616, nota 33.
- 50 Aristóteles, *Política* IV, 4, 1291b.
- 51 Idem, *ibidem*, III, 16, 1287a.
- 52 Aristóteles, *Retórica* I, 1, 1354b.
- 53 Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, p. 278.
- 54 Idem, *ibidem*, p. 288-289.
- 55 German Gomes Orfanel, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, p. 179-189.
- 56 Carl Schmitt, *Théorie de la constitution* p. 292.
- 57 Idem, *ibidem*, p. 293.

- 58 op. cit., *Théorie de la constitution*, p. 294.
- 59 Carlos-Ignacio Massini, *Objetividad jurídica y interpretación del derecho*, p. 91-92.
- 60 Cf. Michael S. Moore, Interpretando a interpretação.
- 61 Carl Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, p. 185
- 62 Lewis Carroll, *Alice através do espelho*, p. 196.
- 63 Idem, *ibidem*, p. 197.
- 64 Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, p. 322.
- 65 Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, n. 202.
- 66 Idem, *ibidem*, n. 242.
- 67 A exposição sistemática de uma teoria realista da interpretação encontra-se em Carlos Massini. *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*.
- 68 Georges Kalinowski, *Loi juridique e loi logique*, p. 127. Cf. também Gottlob Frege, *Sobre o sentido e a referência*.
- 69 Aristóteles, *Categorias*, I, 4, 25.
- 70 Tomás de Aquino, *Comentário a la Ética a Nicómaco*, n. 1180.
- 71 S.T. I-II, q. 92, a.1.
- 72 S.T. I-II, q. 104, a.4.
- 73 Tomás de Aquino, *Suma contra los gentiles*, I, 1.
- 74 I-II, q. 97, a.4.
- 75 S.T. I-II, q. 102, a.1.
- 76 S.T. I-II, q. 99, a.1.
- 77 S.T. I-II, q. 91, a.5.
- 78 S.T. I-II, q. 100, a.2.
- 79 S.T. I-II, q.96, a.4.
- 80 S.T. I-II, q. 90, a.2.
- 81 S.T. I-II, q. 96, a.6.
- 82 S.T.I-II, q. 90, a.3.
- 83 Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, p. 279-282.
- 84 Idem, *ibidem*, p. 290.
- 85 Thomas Hobbes, *Do cidadão*, XII, 4.

- 86 S.T. I-II, q. 96, a.5.
- 87 Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano*, v. 2, p. 320.
- 88 Chaïm Perelman, *Lógica jurídica*, p. 87.
- 89 Carl Schmitt, *Il nomos della terra*, p. 59.
- 90 Angel Latorre, *Estudios de arqueología jurídica*, p. 84.
- 91 Hannah Arendt, *O que é política?*, p.111.
- 92 S.T. I-II, q. 105, a.2.
- 93 “A promulgação é necessária para que a lei tenha a sua força” (S.T.I-II, q. 90, a.4).
- 94 Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano*, v. 2, p. 271.
- 95 Idem, *ibidem*, v. 1, p. 37.
- 96 Idem, v. 1, p. 39.
- 97 Eric Voegelin, *A natureza do direito e outros textos jurídicos*, p. 99.
- 98 S.T. I-II, q. 97, a.3.
- 99 S.T. I-II, q. 97, a.4.
- 100 Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, n. 199.
- 101 S.T. I-II, q. 97, a.2.
- 102 Idem, *ibidem*.
- 103 Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, p. 25.
- 104 Tomás de Aquino, *Comentário a la Ética a Nicômaco*, VIII, Lição IX, n. 1180.
- 105 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, IX, 1170b: “O amigo é um outro eu”.
- 106 S.T. , I-II, q. 99, a.2.
- 107 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Livro VIII, 1, 1155a.
- 108 Hannah Arendt, *O que é política?*, p. 114.
- 109 Idem, *ibidem*, p. 112.
- 110 Hannah Arendt, *Da revolução*, p. 152.
- 111 S.T. , I-II, q. 99, a.2.
- 112 Carl Schmitt, *Teologia política*, p. 43.
- 113 Cf. Rolf Rendtorff, *A fórmula da aliança*.
- 114 Levítico 26, 12.

115 Cf. Oséias 2, 21-22: “Eu te desposarei para sempre [...], no amor e na ternura. Eu te desposarei a mim na fidelidade e conhecerás a Iahweh”.

116 Êxodo 34, 28.

117 Deuteronômio 4, 13.

118 Levítico 26, 9.

119 Hugo Schlesinger, *Pequeno vocabulário do judaísmo*, p. 266.

120 S.T. I-II, q. 90, introdução.

121 Hugo Schlesinger, *Pequeno vocabulário do judaísmo*, p. 266.

122 Deuteronômio 30, 15.

123 Marcos, 2, 27.

124 Robert Spaemann, *Personas*, p. 107.

125 Idem, *ibidem*, p. 49.

126 Robert Spaemann, *Personas*, p. 32.

127 Tomás de Aquino, *Comentário a la Ética a Nicómaco*, VIII, Lição IX, n. 1180.

128 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, IX, 1170b: “O amigo é um outro eu”.

129 Robert Spaemann, *Personas*, p. 56.

130 Tomás de Aquino, *Comentário a la Ética a Nicómaco*, n. 1082.

131 Idem, *ibidem*, VIII, Lição V, n. 1136.

132 Idem, VIII, 6, 1158b.

133 Robert Spaemann, *Personas*, p. 178.

134 S.T. II-II, q. 25, a.3.

135 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, III, 5, 114a.

136 Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*.

137 Henry Thoreau, A desobediência civil, p. 41.

138 S.T. I-II, q. 100, a.8.

139 S.T. I-II, q. 105, a.2.

140 S.T. I-II, q. 100, a. 11.

141 S.T. I-II, q. 100, a.2.

142 Finnis denomina o mandamento do amor de “princípio supremo da razoabilidade prática”. Cf. John Finnis, *Aquinas*, p. 136-140.

143 Talvez a explicação para isso seja a concentração da atenção do jusfilósofo nas questões do Tratado da Lei que tematizam a lei natural e a lei humana (q. 90-97), relegando as questões acerca da lei divina (q. 98-109), nas quais Tomás tematiza o mandamento do amor ao próximo, ou sua fórmula laica, a regra de ouro, para o domínio dos teólogos.

144 S.T. I-II, q. 99, a.1.

145 S.T. II-II, q. 23, a.1.

146 Tomás de Aquino, *Comentário a la Ética a Nicômaco*, L. IX, lec. IV, n. 1292.

147 S.T. II-II, q. 44, a.7.

148 S.T. I-II, q. 94, a.4.

149 S.T. , I-II, q. 99, a.2.

150 S.T. I-II, q. 99, a. 1.

151 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, V, 1, 1130a.

152 Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, p. 256.

153 Heráclito, fragmento 89.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AQUINO, Tomás. *Comentário a la Ética a Nicômaco*. Pamplona: Eunsa, 2000.
- . *Sobre la verdad*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.
- . *Suma contra los gentiles*. México: Porrúa, 2004.
- . *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005. 9 v.
- ARENDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Ática, 1990.
- . *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- ARISTÓTELES. “Categorías” in ARISTÓTELES. *Tratados de lógica*. Madrid: Gredos, 1995. 2v.
- . *Ética a Nicômaco*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- . *Política*. Lisboa: Vega, 1998.
- . *Retórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- . *Sobre la interpretación*. In: ———. *Organon*. Madrid: Gredos, 1995. v. 2.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARROLL, Lewis. “Alice através do espelho” in CARROLL, L. *Aventuras de Alice*. São Paulo: Summus, 1980. *Aventuras de Alice*. São Paulo: Summus, 1980.
- FINNIS, John. *Aquinas*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- FREGE, Gottlob. “Sobre o sentido e referência” in *Lógica e Filosofia da Linguagem*. São Paulo: Cultrix, 1978.
- GAUTHIER, René-Antoine. *Introdução à moral de Aristóteles*. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1992.
- HEGENBERG, Leônidas. *Dicionário de lógica*. São Paulo: EPU, 1995.
- HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*. México: Oxford, 2001. v.2
- KALINOWSKI, Georges. *Loi juridique et loi logique. Contribution à la semantique de la logique juridique*. *Archives de philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1980. t. 25.
- LAMAS, Félix. *La experiencia jurídica*. Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos Tomás de Aquino, 1991.
- LATORRE, A.; MELERO, R. *Estudios de arqueología jurídica*. Madrid: Dickinson, 1988.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Escritos de filosofia II*. São Paulo: Loyola, 2000.
- LOPES, José Reinaldo (Org.). *Curso de história do direito*. São Paulo: Método, 2006.
- . *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

- MASSINI, Carlos. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- . *Objetividad jurídica y interpretación (no prelo)*.
- MOORE, Michael S. *Interpretando a interpretação*.
- ORFANEL, German Gomes. *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- . *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- RENDTORFF, Rolf. *A fórmula da aliança*. São Paulo: Loyola, 2004.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Interpretação e reconhecimento*. *Realismo*, Porto Alegre, n. 2.
- SCHLESINGER, Hugo. *Pequeno vocabulário do judaísmo*. São Paulo: Paulinas, 1987.
- SCHMITT, Carl. *Il nomos della terra*. Milão: Adelphi, 1998.
- . *Legalidad y legitimidad*. In: ———. *Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- . *Scritti su Thomas Hobbes*. Milano: Giuffrè, 1986.
- . *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.
- . *Teología política*. In: ———. *Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- . *Théorie de la constitution*. Paris: PUF, 1992.
- .
- SPAEMANN, Robert. *Personas*. Pamplona: Eunsa, 2000.
- THOREAU, Henry. *A desobediência civil*. In: ———. *Desobedecendo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- VOEGELIN, Eric. *A natureza do direito e outros textos jurídicos*. Lisboa: Vega, 1998.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- WOLF, Ursula. *Identidade*. In: TUGENDHAT, E.; WOLF, Ursula. *Propedêutica lógico-semântica*. Petrópolis: Vozes, 1996.

Luis Fernando Barzotto

DOUTOR EM FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO PELA USP
PROFESSOR DA PUC/RS E DA UFRS