

© 2002 by Editora Atlas S.A.

1. ed. 2002; 2. ed. 2003; 3. ed. 2009



Capa: Roberto de Castro Polisel
Composição: Set-up Time Artes Gráficas

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

Ferraz Junior, Tercio Sampaio.

Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito /
Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-5230-9

1. Direito – Filosofia 2. Justiça 3. Liberdade 4. Poder (Ciências sociais) I. Título. II.
Título: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.

02-222

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia	340.12
1. Filosofia do direito	340.12

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0_ _11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

os contratos que firmam são estereótipos tecnicamente construídos ou *ad hoc* pelo advogado, ou elaborados previamente num formulário de adesão ou até simplesmente adquiridos numa papelaria. Uniformizadas por esses padrões estereotipados, as partes os reproduzem. E a perspectiva de eventuais conflitos serem levados aos tribunais que, por reconstrução, dão ao instrumento o acabamento técnico final, apenas reforça o comportamento reprodutor do estereótipo: “o modelo educa as partes” (Giannotti, p. 18). Ou seja, a obrigação jurídica passa, assim, a fundar-se não no livre-arbítrio, mas num jogo de representações, em que as partes estão modeladas conforme um paradigma de seres calculistas.

Na verdade, a percepção da liberdade como o conjunto objetivo de opções de cálculo não significa que a dogmática jurídica passe a usar, uniformemente, a liberdade nesse sentido. O que sucede, de fato, é que sua retórica, funcionalizada pelos estereótipos, permite e engendra o uso de vários conceitos de liberdade. Esses não desaparecem. O que se perde é apenas a sua unidade substancial: o homem como ser livre. Assim, a liberdade estamental ainda está presente em contratos matrimoniais em que o sujeito muda de *status* (de solteiro passa a casado), não obstante uma forte tendência de acabar com o sentido estamental do casamento na sociedade contemporânea, reduzindo-o a mero acordo patrimonial. O livre-arbítrio não deixa de ser invocado nas relações contratuais privatistas e a liberdade como *status negativus* ainda está na base dos direitos subjetivos públicos.

A perda da unidade substancial, porém, faz desses usos meros lugares comuns (*topoi*) da *previsão*, mero resultado do cálculo razoável de uma conduta, que confere ao porvir um caráter de futuro anterior, isto é, previsto *antes*. O futuro (contingente) torna-se passado que se verificará e o presente passa a ser apenas uma realização daquele porvir que era o seu passado. O ser do agente não constitui, assim, uma unidade, mas é plúrimo e varia conforme as possibilidades do cálculo.

Seria essa a última palavra?

9 Liberdade e experiência da morte

9.1 Liberdade e irracionalidade: uma reflexão sobre Hegel no limiar do século XXI

Costuma-se afirmar que, com Hegel, terminam os esforços da cultura ocidental para uma grande reconciliação das diversas correntes que, no correr de

séculos, provenientes de nascentes distintas, vinham engrossando o grande rio do Ocidente. Afinal, a História tornar-se-ia, após ele, a grande dimensão na qual os homens se reconciliam com a realidade, com a realidade dos acontecimentos, isto é, de coisas que debitam sua existência exclusivamente aos homens. O envolvimento dialético da totalidade do ser num fantástico sistema em que tudo se encontra e se desencontra, se define e se altera, parece conferir-nos desde há 200 anos a chave da compreensão do mundo. Quem, depois dele, ainda ousou pensar teria feito ou com consciência do seu pequeno e limitado alcance ou nos teria conduzido de volta ao absoluto da Idéia. Até mesmo um homem como Marx, que se dispõe não a pensar, mas a transformar o mundo, parece ter sentido os limites do pensar e, neste terreno, ousou muito menos. Mesmo Husserl, conquanto na última fase de sua obra houvesse indícios de uma grande metafísica, não chegou lá. E Heidegger jamais escreveu a segunda parte de seu *Sein und Zeit*.

Para o homem de hoje, no entanto, a quem coube assistir à chegada do ser humano à Lua, à “Guerra das Estrelas” no Iraque e ao esboroamento do mundo comunista, e tudo na intimidade da tela de um aparelho de televisão, parece que a maneira hegeliana de reconciliação com a realidade por meio da compreensão do *sentido* das coisas, isto é, pela distinção entre realidade (*Wirklichkeit*) e existência empírica (*empirische Existenz*), está completamente refutada. Isso vale, aliás, também para a tentativa, simultânea do marxismo e, em termos, do pragmatismo utilitarista, de *fazer* história. Nos três casos, em comum, o que parece refutado é essa impaciência diante do meramente factual, diante do que resiste a ter sentido, sentido que leva ao menosprezo pelo aqui e agora em troca do portentoso absoluto. Em suma, a concepção de que a História é o processo de uma grande realização dentro da qual o acidente factual em si está perdido na sua pequenês, só ganhando significado no contexto desse grande todo em movimento.

Heidegger intui esta situação dramática, quando afirma que a frase *man kann alles beweisen* (podemos demonstrar qualquer coisa) não é uma carta de alforria (*Freibrief*) para o ser humano, mas um sinal de advertência para a possibilidade de que qualquer coisa, não importa o que, possível de demonstração, configure uma chance de estarmos diante de algo realizável. O problema é sério. Pois isso nos leva a pensar que não existe questão alguma que não se relacione a um conjunto coerente de respostas. Nesse caso, porém, a própria distinção entre questões significativas e não significativas desaparece juntamente com a verdade absoluta (a idéia, a revolução, a futura ordem, a conquista

da técnica). Donde segue que o *sentido* que nos resta a compreender (ou que temos de aceitar) pode explicar qualquer coisa, como a realização do bem-estar, de uma sociedade democrática, mas também o sacrifício de uns quantos subversivos importunos ou, historicamente, o terror, na Revolução Francesa, ou certa coerência que existiria até num asilo de loucos. Em todos esses casos, por mais insana que seja a situação, sempre seria possível encontrar-lhe um sentido! E o filósofo, crente da razão, estaria sempre pronto a fazê-lo.

Nesse ponto tem razão Hannah Arendt quando chama a atenção, com grande preocupação, para o solapamento implícito nessa maneira de pensar que integra e desvenda o *Sentido no Processo* como um todo, do qual qualquer ente particular deriva sua inteligibilidade, solapamento localizado não na impossibilidade de se pensar assim (Hegel, nesses termos, é um mestre insuperável), mas no fato de que, além de pensar (demonstrar, concluir), podemos também agir congruentemente. Se tudo é possível, isto é, tem sentido no âmbito da idéia, torna-se então válido menosprezar a factualidade do senso comum: a ação ocasional pode ser tão louca quanto se queria, mas ela sempre produzirá fatos reais, isto é, objetivamente verdadeiros ou, ainda, dotados de significado. Matar um companheiro em prol de uma causa maior de cujo sentido se tem consciência ou eliminar simplesmente um “idiota” que não percebe a “grandeza” do momento ou ser eliminado pelo mesmo “idiota”, tudo compõe significativamente a realidade. Quem vê pelo vetor da História vê qualquer coisa como dotada do sentido do mundo humano. Esse olhar hegeliano para o passado, quando vê o terror, na Revolução Francesa, não é diferente do olhar significante que vê o que, afinal, representou Stalin ou Hitler para a História no presente: brutal? Sim, mas tão significativamente real a ponto de permitir o desprezo completo pelo ignoto Sr. X, que, então, um dia nasceu e morreu num campo de concentração num quadro histórico significativo.

Quando se pensa, porém, nesse Sr. X, não no passado, onde passa imediatamente a adquirir significado particular, mas no futuro, surge diante de nós um imponderável assustador. Ou seja, esse menosprezo pela factualidade do existente empiricamente em favor da apreensão do sentido absoluto, da realidade significativamente verdadeira e objetiva, aponta, porém, para uma assustadora arbitrariedade toda vez que viramos o vetor da reflexão do passado para o futuro. Isto é, se Hegel é chave para a compreensão do mundo contemporâneo, quando ainda busca o sentido universal, ele o será menos pela História como sede do Absoluto do que em função da *angústia* que ali se esconde, esta filha bastarda de sua maneira de pensar.

Aquilo que nos chama a atenção é, pois, o próprio sentido da irracionalidade que, segundo Hegel, se dela posso falar, ela é, ainda assim, pensável. Veja, por exemplo, a distinção entre o *Estado como Idéia* ou a *Idéia de Estado* e um Estado empírico, de que nos fala Hegel do seguinte modo: “não se deve olhar para os Estados ou instituições particulares, mas sim contemplar a Idéia mesma em si, este verdadeiro Deus” (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, parágrafo 258). Mas, em consequência, como Idéia é imanente a qualquer Estado (este certo e determinado Estado empírico), ainda que lhe reconheçam defeitos e lacunas, ele há de ter momentos essenciais da Idéia. Donde, um mau Estado é um Estado que apenas existe, mas não tem verdadeira realidade. Como tal, não obstante, é ainda pensável.

No entanto, quando o vetor do pensamento corre do futuro para o passado, o mau Estado, que para Hegel existe apenas, como existe apenas um corpo doente, torna-se uma interrogação sem respostas, pois o corpo doente, a minha doença aqui e agora lançada no presente como uma expectativa de dúvida que corre ao reverso do tempo cronológico, não é propriamente um irracional ainda assim pensável, mas um sentimento angustiante que fermenta na razão não um vazio, um existente a que falta a verdadeira essência, mas sim uma espécie de insuportabilidade, a insuportabilidade do logicamente nu, do que resiste ao *logos* (*der logisch Nackt*, como diria Emil Lask: *Die Logik der Philosophie und die kategorienlehre*, Gesammelte Schriften, v. 2, Tübingen, 1923-1924). Meu corpo doente ou o mau Estado no qual vivo, parece, desse ângulo, mais do que um momento (irracional) da objetividade, mas antes como uma resistência incompreensível do factual ou um factual incompreensivelmente resistente. Essa resistência é tal que acaba por privar o factual de sentido e, ao mesmo tempo, priva o pensamento de existência, tornando ambos sem significado. E a falta de significado gera uma espécie de absurdo que, na dialética da idéia, seria algo não-humano, mas que, não obstante, é possível *sentir* de modo vigorosamente humano. Exemplificando: o sentimento da entropia, da destruição de tudo que é vivo, presente no corpo doente, não toma sentido pela Idéia do corpo são, pois seu único “sentido” é o sem-sentido da destruição, a expectativa da morte. E a morte pode gerar dúvida ou fé, mas não gera racionalidade nem num nem noutro caso, se a pergunta for, não se vamos todos morrer (todo homem é mortal), mas por que todos morreremos? (Sócrates é mortal.)

Dito de outra maneira: se, para Hegel, a verdade reside e se revela no próprio processo temporal, o qual, como História, é visto como o desenvolvimento *ininterrupto* do Espírito Absoluto, então o Ser eterno, buscado pela metafísica

desde Platão, passa a ser confiado a uma permanente fluidez, sem começo nem fim, uma infinidade que cresce para frente e para trás. Em conseqüência, o caráter humano, a essência humana, como processo, se torna independente de Estados, cidades, nações, indivíduos que, na sua mera condição de existentes, se tornam perecíveis, mortais e, na sua súbita inexistência, fúteis, sem sentido. Admitamos, com Hegel, que, como contingentes, são ainda assim pensáveis e, portanto, significativos, na sua futilidade. Isto, porém, não é sustentável quando *sinto* ou *pressinto*, mas não capto nem percebo, *minha própria morte*. Posso imaginá-la, projetá-la analogicamente na experiência da morte dos outros, até *saber* que se trata de uma experiência única, própria, singularíssima, irreduzível e, nessa condição, pensável ainda mesmo que fosse em termos de *mistério*. Contudo, em meu puro sentir, ela não se expressa, não transparece como conceito de algo oculto, não me fala nem mesmo como conceito de algo incognoscível, que não possa afirmar, nem negar, nem esquecer. Manifesta-se sim, apesar disso, parodiando o poeta, como “um não sei quê, que nasce não sei onde, vem não sei como e dói não sei por quê”. Ou seja, como um inefável que, apesar da inconceitualidade total, faz-me *sentir* ali, inteiramente.

A morte, a própria morte, a *minha* morte não é assim um conceito. Ora, diz Hegel: “Na medida em que concebo o sol, não estou de posse de sua existência exterior, mas de sua substância.” Na medida, porém, diria eu, que “concebo” minha própria morte (*expressis verbis*), que para mim não tem nenhuma existência exterior, ela me escapa como substância. Posso pressenti-la, mas, em dizendo que a pressinto, nem assim a concebo. Posso conceber a morte dos outros, mas a própria morte não tem lugar na antítese racional/irracional, nem na antítese necessário/contingente, nem na antítese ser/dever-ser ou na antítese proibido/permitido ou qualquer outra antítese admissível (pensável). Não é um absurdo como o é o círculo quadrado, algo que não existe senão na linguagem e que os homens podem até sustentar “*por haver dado rienda suelta a su imaginación*” (Maimônides). Impensável, ela está aí para mim, projetando-se de um ponto incerto e futuro para meu presente e meu passado, como um único e sem sentido que, inexplicavelmente, me faz pensar, dá sentido ao sentido, permite o ser e o nada, a vida e a morte (dos outros como conceito).

Permitam-me examinar estas reflexões à luz de uma rápida consideração da famosa dialética do senhor e do escravo. Para Hegel, se a liberdade é um *Beisichselbstsein*, uma espécie de estar na intimidade de si mesmo, o senhor não pode ser livre como consciência de si independente, pois o escravo, enquanto consciência de sua necessidade para o senhor, faz do senhor dependência do

trabalho do escravo. Em termos do pensável, a dialética do senhor e do escravo, do ponto de vista do escravo, é um escambo da liberdade pela vida e, do ponto de vista do senhor, da liberdade pela necessidade. Nesta relação, porém, nem um nem outro são livres, pois a consciência de si independente só pode surgir pela negação de uma outra consciência de si independente, o que se dá pela superação da relação senhor/escravo. Essa superação ocorre quando o escravo, pela consciência de sua dependência, do seu trabalho para o senhor, toma consciência da dependência do senhor pelo seu trabalho. Assim, o homem não é livre, mas torna-se livre no processo do trabalho. Só quando o trabalho para si deixa de ser trabalho para o outro, ao tornar-se para si e para o outro (para o outro, na medida em que é para si e para si na medida em que é para outro), podemos dizer que o homem chega a estar na intimidade de si mesmo, isto é, livre (*Beisichselbstsein*). Assim, Hegel.

Pergunto-me, no entanto, se é possível essa liberação pelo trabalho. Ou, em outras palavras, se o trabalho do escravo, que escraviza a si e ao senhor, pode, em algum momento, liberar ambos. Se a liberdade se conquistasse pelo trabalho, se o escravo tomasse consciência de sua dependência pela consciência de seu trabalho para o senhor e, assim, consciência da dependência do senhor pelo seu trabalho, criando condições para a consciência de si independente para ambos, a situação do algoz e do condenado num campo de concentração seria o cúmulo da escravidão e a situação de um pleno bem-estar social numa comunidade de monges ou num *kibutz* seria o cúmulo da liberdade.

Torna-se óbvio, após Hannah Arendt, que se esclareça de que trabalho estamos falando. A palavra certa, em português, talvez seja *labuta*, que corresponde àquela atividade humana que responde permanentemente à necessidade da sobrevivência, que não deixa um produto após si, salvo o próprio vigor para continuar labutando. Nesse sentido, uma atividade que não produz obras, objetos de uso, apenas bens de consumo, algo que se incorpora ao homem e nele desaparece, como é o alimento, a roupa, a limpeza do corpo e das coisas. A labuta do escravo escraviza. A consciência da dependência do senhor pela labuta do escravo não pode dar-se pela consciência do escravo. O homem que labuta e que reduz todas as suas atividades a labutas, aquele para quem trabalhar reduz-se a labutar, a servir à sobrevivência e que toma consciência disto, é um escravo de si mesmo. Quem vive para trabalhar, isto é, para labutar, jamais trabalha para viver. Apenas transforma sua vida em labuta.

Pode parecer um jogo de palavras, mas o que permite ao escravo negar a relação de escravidão não é a consciência da necessidade de sua labuta,

para a sobrevivência do senhor, mas a consciência da ausência de labuta, da não-labuta, da cessação da atividade laborial que vem junto com a angustiada proximidade da morte, isto é, da cessação de sua própria sobrevivência. Ou seja, na raiz da “consciência-de-si-independente” está esse sentimento ou pressentimento de que tudo que sou ou tudo que é tem um limite que não se explica, mas que me faz labutar, trabalhar, conhecer, pensar. Não que a liberdade seja a própria morte, porque então seria um único, inconcebível. Ela não se confunde com a morte, mas nasce do seu pressentimento que é uma espécie de estar solto em si mesmo, sem nenhum apoio, um vazio que, sentido, me “empurra” para o espontâneo das atividades humanas. Nesses termos, pode-se até aceitar, com Hegel, que o homem não é, mas *torna-se* livre. O processo de liberação, porém, não está na superação da relação senhor/escravo pela conquista de um trabalho-atividade por si e para si, mas por este choque que provoca a ausência de atividade que mais que um *fazer-nada* é um *não-fazer-nada*, expressão que, em português, traduz um saboroso sem-sentido.

A conquista dessa liberdade não é política nem gera qualquer forma de liberdade social, liberdade em face dos outros, ou disto e daquilo. Mas, ao assumi-la no seu sem-sentido, sinto-me angustiosamente livre e todas as minhas atividades começam a partir daí, sem serem geradas por isso.

Esse sentimento de que não somos livres *para* alguma coisa, nem somos livre *por* alguma coisa, nem *de* alguma coisa, faz da liberdade, da *minha* liberdade, o correlato positivo da morte, da *minha* morte. Este *sentimento* da liberdade e da morte, que me faz pensar, produzir coisas, labutar, não é *causa* nem *razão* do pensamento, do trabalho, da labuta (ilusão gerada pela infinita possibilidade de o homem falar de tudo, até de sua própria morte), mas apenas o inefável que resiste à racionalização e que me *autoriza* (não provoca nem causa) um salutar encontro com o mistério num mundo em que, supostamente, tudo pretende ser transparente.

A meu ver o homem do findar do século XX é um ser atônito diante do otimismo do viver na idéia, da esperança de realização das utopias, daqueles para os quais o que conta antes é a vida no seu conceito mais do que a matéria do ser vivo. Um otimismo que é incapaz de dar conta do “sentido” da doença, da guerra, ou de tantas perversidades humanas. É claro que sempre é possível a doença como prova da vitalidade, da recuperação da vida. Como é possível pensar a guerra como prova de eticidade de um povo (Hegel). Mas pensar a doença ou a guerra não veste o sem-sentido com a roupagem da Idéia, no mesmo modo que pensar a morte, torná-la realidade verdadeira na identidade

vida e morte, não suprime a angústia que continua o sem-sentido da morte. Ou seja, a longa experiência do pensar ocidental parece dar-se conta, neste momento, de uma experiência irreduzível, nem pensável nem impensável, de um oculto que não transparece nem como oculto, de um mistério que não se expressa nem como mistério, enfim que não fala, apenas, angustia. E aí se esconderá o desafio e a interrogação do século XXI.