

[Atahualpa Fernandez; Marly Fernandez](mailto:atahualpaf@yahoo.es)

atahualpaf@yahoo.es

Para a consulta da referência bibliográfica relativa aos autores citados neste artigo cfr.: Atahualpa Fernandez, *Direito e natureza humana. As bases ontológicas do fenômeno jurídico*, Curitiba, Ed. Juruá, 2006.

Faz parte de quase todas as concepções do pensamento jurídico a idéia de que se deve seguir uma lei mesmo que os objetivos de justiça almejados sejam realizados somente de forma incompleta e, por isso, possa ser criticada com razão. A ordem social e a segurança jurídica dispõem que o cidadão observe e cumpra mesmo as leis que considere injustas.

Por segurança jurídica pode-se entender duas coisas: 1. a segurança *por meio do direito* (defesa contra roubo, assassinato, furto, violência contratual, etc.); 2. a segurança *do próprio direito*, isto é, a garantia de sua possibilidade de conhecimento, de sua operatividade e de sua aplicabilidade. Há segurança por meio do direito, unicamente, quando o direito mesmo oferece certeza. Já na segunda forma – segurança jurídica em sentido próprio ou estrito –, trata-se mais propriamente da eficácia do direito que, para que possa ser seguro, requer *positividade*. E positividade significa, simplesmente, a circunstância de que o direito está fixado; o decisivo é que as características da lei se determinem da maneira mais exata possível e, em consequência, possa ser estabelecida sem arbitrariedade (somente com relação a este segundo tipo nos ocuparemos aqui).

Por seu turno a justiça, perseguindo a realização do bem comum mediante a garantia da liberdade plena, da igualdade material e da autonomia dos indivíduos, se dirige, predominantemente, a proibir, em um entorno social prenhado de assimetrias e desigualdades, qualquer tipo de dominação e interferência arbitrária recíprocas e, na mesma medida, a permitir, estimular e garantir a titularidade e o exercício de direitos de todo ponto inalienáveis e que habilitam publicamente a existência dos cidadãos como indivíduos plenamente livres¹.

Mas a segurança jurídica, embora pretenda a paz jurídica, não significa, necessariamente, a aplicação certa do direito justo, senão a execução segura do frequentemente defeituoso direito positivo. Desta circunstância podem resultar conflitos de interesses, especialmente entre a justiça material e a segurança jurídica. Que sucede em caso de conflito quando estes dois valores fundamentais do direito não possam ser realizados ao mesmo tempo?²

Na contraposição entre um critério de justiça material e a segurança jurídica, o suporte para afastar uma aparente incongruência e impossibilidade de convivência parece residir, em princípio, nos mecanismos hermenêuticos e processuais de controle no processo de realização do direito. Estes vão desde a existência de uma escala de recursos das decisões proferidas para tribunais superiores (geralmente órgãos colegiados), passando pela fixação de diretrizes ou critérios metodológicos como instrumentos analíticos hábeis para afastar uma eventual “discricionariedade ilimitada” do julgador e garantir a “objetividade” dos resultados da interpretação – isto é, de dotar a tarefa interpretativa do condão de tornar o mais racional e controlável possível os critérios normativos, valorativos e fáticos relativos ao caso decidendo –, até, e finalmente, convergir na responsabilidade do juiz pelos efeitos éticos e sociais de suas decisões a partir da *prognose* como componente iniludível da tarefa interpretativa. Vale dizer, da consideração, pelo intérprete, dos efeitos futuros da decisão (jurídica) que tomará diante do caso concreto, do texto interpretado e dos princípios e valores correspondentes³.

Sem embargo, e ainda sublinhando o radical compromisso ético do direito e de convocar o tópico

da responsabilidade do juiz-intérprete, parece razoável admitir que a discussão do conflito entre justiça e segurança jurídica ou, retomando ao percurso inicial, entre *ius aequum* e *ius strictum*, está dotada de uma absoluta variabilidade. Regra geral, esta incompatibilidade é analisada sob o argumento de que, se nos casos concretos individuais o conceito de segurança jurídica entra em conflito com a idéia de justiça material e da adequação ao fim, que são os outros fundamentos constitutivos de todo ordenamento jurídico, estes somente serão postergados, no fundamental, até o ponto em que o intérprete, através do “direito posto”, seja capaz de levar a cabo a inegociável função de adaptar aos mesmos (em conjunto com os fatos controvertidos na demanda) o conteúdo das normas jurídicas interpretadas. A validade jurídica deixa, nestes termos, de estar determinada exclusivamente pela legitimação do órgão produtor da norma e a correção no procedimento, para aparecer integrada necessariamente também por sua adequação material, substancial ou de conteúdo.

Neste particular, em seus esforços por superar as injustiças causadas pelo nacional socialismo, Gustav Radbruch propôs uma fórmula que se tornou muito conhecida. Esta, desde logo, não é a pedra filosofal, mas parece resultar muito difícil, não obstante, encontrar outra melhor. Para Radbruch, o conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve resolver-se com a primazia do direito positivo sancionado pelo poder, ainda quando o conteúdo seja injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável, que deva considerar-se como “falso direito” e ceder passo à justiça.

É impossível, conclui o citado autor, traçar uma linha mais nítida entre os casos de arbitrariedade legal e das leis válidas apesar de seu conteúdo incorreto; mas outro limite poderá distinguir-se com toda claridade: quando nunca se procurou a justiça, onde a liberdade e a igualdade⁴ que integram o núcleo duro da justiça⁵ se negou conscientemente à regulação do direito positivo, ali a lei não é somente “direito incorreto”, senão que carece por completo da natureza do direito, pois não se pode definir o direito, inclusive o direito positivo, de outra maneira que não seja como uma ordem e estatuto que, de acordo com seu sentido, estão determinados a servir à justiça. Como já se disse em outro lugar, a inumanidade do direito é infinitamente mais indesejável que a ausência de todo direito (Atahualpa Fernandez, 2006).

Seja como for, a crítica da segurança jurídica leva em conta a falta de um adequado conhecimento acerca dos desdobramentos dos vínculos sociais relacionais sobre os quais incide o direito, que só aparentemente pode ser estático. Funciona a segurança e a certeza jurídica como ponto de partida para o controle da racionalidade e razoabilidade das decisões jurídicas que passa a depender, assim, ao menos em uma muito ampla medida, da busca frenética de garantia destes dois valores destinados a garantir, a qualquer custo, a ordem e a estabilidade social. A segurança e certeza jurídica, como segurança e certeza da própria ordem social e do direito, constituem um alvo a ser atingido.

Ao contrário, a busca da justiça, por meio da equidade, como mecanismo de aprimoramento da artesanal e prudente tarefa de julgar, da manufatura da interpretação e da aplicação do direito com base no aparato normativo válido e legitimamente imposto, constitui um esforço que acaba por relativizar e contextualizar a própria noção de segurança jurídica. E porque, por definição, um enunciado normativo não pode, por si mesmo, oferecer uma resposta unívoca às demandas objeto de qualquer tipo de controvérsia (já que a vida produz, em realidade, muito mais problemas jurídicos que os que ao legislador foi possível prever), neste “conflito” entra em cena, com toda evidência, o caráter razoável – no sentido dado por Aristóteles no Livro III da *Ética a Nicômaco* – do direito: razoável há de ser a conexão entre a norma e as exigências contingentes do caso; razoável, a valoração e a eleição entre as diferentes alternativas que tem que realizar o intérprete no jogo combinado de passos lógicos e de avaliações em que consiste seu procedimento. Razoável, por último – inclusive no sentido de uma argumentação que contenha “boas razões” para que a decisão seja admitida –, tem que ser a justificação judicial das eleições em que se fundamenta a decisão, a qual, nesta condição, não somente deve viabilizar um efetivo equilíbrio

entre exigências contrapostas como, e muito particularmente, lograr uma maior aceitabilidade e consenso por parte da comunidade na qual se insere.

Em resumo, determinados critérios de razoabilidade do sistema jurídico, do ordenamento normativo e de suas partes, e do conjunto de ações a que se refere o direito não podem senão intervir como princípios ordenadores da argumentação jurídica, tanto no momento da decisão como no de sua justificação. É algo profundamente arraigado na idéia mesma de administração da justiça que a jurisdição transforme razoavelmente as normas em decisões equilibradas (seguras) e adequadas (justas) ao caso decidendo. O mesmo princípio fundamental do “livre convencimento” do juiz, se não pretende terminar em arbítrio subjetivo do intérprete, tem que submeter-se às regras de razoabilidade e ao peso de uma adequada motivação.

Por ele, a razoabilidade se converte, ao mesmo tempo, em requisito subjetivo do juiz-intérprete e requisito objetivo do direito. Portanto, entre as distintas formas da razão há uma especificamente pertinente às operações dos operadores do direito, e essa forma específica está representada precisamente pela prudente razoabilidade: pelo fato de mover-se no campo prático, esta não pode fundar-se em uma necessidade lógica ou empírica estreita, senão em prudentes valorações argumentativas que trate de ajustar adequadamente os valores da justiça e da segurança jurídica.

Em realidade, não parece demasiado afirmar que os critérios definidores daquilo que se considera segurança jurídica variam – como os de certeza da própria norma jurídica – no que tange aos seus contornos de interpretação e aplicação, e muito particularmente se se considera a ressonância da própria variabilidade e flexibilidade argumentativa ou mesmo o laivo – ainda que mínimo – de imprevisibilidade do modo de atuar e julgar de cada operador do direito.

Com efeito, admitidos os fatores determinantes da diversidade de alternativas de que dispõem os juízes, tem-se a inviabilidade fática do unívoco na maneira como estes selecionarão as informações recebidas, nos seus peculiares modos de condução de uma determinada demanda, assim como nas suas respectivas aptidões para conhecer, problematicamente, os diversos dados que se lançam em um conflito de interesses em particular.

Decerto que causa repulsa a uma visão puramente positivista do direito a adoção de formas puramente indutivas, intuitivas de conhecimento e de manufatura da decisão como meio para se chegar à solução de um caso decidendo; mas o contrário, exarcebando-se a tentativa de afastar qualquer componente pessoal, intuitivo ou emocional do julgador, é igualmente inaceitável senão mesmo “irreal”. É que se várias soluções ou respostas corretas são possíveis para um mesmo problema jurídico, a eleição final, necessariamente única, se apresenta então como não derivada exclusivamente do sistema, circunstância que, de pronto, levanta ao menos três questões fundamentais: de ordem epistemológica, de ordem axiológico-política e de ordem subjetivo-individual do jurista-intérprete.

Ademais, considerando-se que é na realidade da função jurisdicional que se assenta, em sua versão mais aproximada da vida, a concreta e problemática-decisória realização do direito, como expressão dinâmica da normatividade e do próprio sistema jurídico, a idiosincrasia e a peculiaridade de que se reveste cada manifestação judicial não pode ser desconsiderada. Daí que não parece possível descartar, em nenhum momento, a eventual possibilidade de equívocos por parte do julgador no desenrolar de sua tarefa interpretativa. Como o próprio nome indica, o resultado primeiro do provimento judicial denomina-se “sentença”, palavra que tem sua raiz etimológica no ato sentir, igual que a palavra sentimento – para usarmos as palavras Capelletti. E não se pode pretender olvidar que o exercício da ponderação centra-se, em última análise, considerando suas características e efeitos principais, sob o espectro da competência exclusiva e da concepção particular de cada juiz.

O que, por certo, e apesar da inafastabilidade do “toque pessoal” do julgador, não pode levar a se

partir da suposição de que todos os juízes estejam dotados de um critério positivo de apreciação, mas antes que esta circunstância justifica e impõe a busca de balizas e critérios metodológicos que venham a dotar de racionalidade e razoabilidade o exercício da função interpretativa na tarefa constitutiva, adaptadora e conformadora das pautas normativas e valorativas em questão, assim como na apreensão e avaliação do material factual respectivo. Ou seja, trata-se de sedimentar a tarefa interpretativa como um mecanismo através do qual a problemática realização do direito proporcione, por meio da segurança e da certeza da normatividade jurídica, e na maior medida possível, a histórica e concreta totalização do projeto axiológico comunitário (tanto na sua intenção fundamental como crítica) e em razão do qual a sociedade em causa se venha a constituir em uma comunidade verdadeiramente ética.

Dito de outro modo, porque um puro sistema de segurança e certeza jurídicas, indiferente ou contrário à justiça, constitui por si mesmo a negação do próprio direito, torna-se imperiosa a necessidade de, no plano metodológico, superar os unitarismos – quer do legalismo estrito, que privilegia a segurança em prejuízo da justiça, quer do judicialismo casuístico, que favorece a justiça com menoscabo das exigências essenciais de segurança -, mediante soluções que atendam equilibradamente à norma e ao caso, assim como às reclamações desses dois valores fundamentais do direito, isto é, mediante soluções que tratem de alcançar um estado de coisas onde a justiça e a segurança jurídica em presença alcancem seu mais alto grau de vigência e eficácia possível.

Depois, não somente a natureza humana tem uma natural apetência para a ordem que garante a paz, como parece não haver uma irreduzível antinomia entre estes dois valores, mas uma relação de particular polaridade que os conexas em uma dialética (que constitui o próprio ritmo histórico da vida do direito) entre dois momentos: o da estabilização ou de ordem traduzida pela objetivação ou realização do direito; e o da superação ou revisão que define um novo sentido jurídico que tende a estabilizar-se e a superar-se.

A segurança é a justiça como que a suspender-se da imanente historicidade e a pretender uma objetividade tendencialmente estática e mais formalizante (Castanheira Neves, 1995). Em síntese, a segurança jurídica terá sempre de ser justa (de realizar historicamente a idéia de direito mediante a busca das razões *morais* para a ação que o direito possa vir a oferecer) ou a expressão ética de uma ordem de direito, pois não é em função da segurança que se afere o direito senão em função do direito que se afere valor da segurança jurídica: esta deve estar ao serviço da justiça e legitimar-se perante ela.

Pois bem, todas estas considerações acerca das dimensões normativa (estritamente vinculada com o problema da segurança jurídica) e valorativa (mais bem direcionada ao problema da justiça) da tarefa interpretativa impõem-nos a necessidade de reflexionar, a partir de agora, sobre uma peculiar característica do pensamento jurídico dominante ao largo de toda a Idade Contemporânea: a da “oscilação pendular” entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico.

Nesse sentido, parece possível e razoável falar-se de um permanente “ir e vir” de uma para outra destas duas orientações doutrinárias, que tendem a considerar-se contraditórias segundo o simplificante esquema mental da “exclusão recíproca”. É certo que não se pode (e não se deve) escamotear as diferenças entre estas duas correntes de pensamento e muito particularmente a de que a postulada aceitação de um conjunto de “normas jurídicas válidas para todo o sempre” identifica uma vilipendiação frontal do “credo positivista”⁶. A verdade, contudo, é que facilmente se pode constatar que também elas se encontram em muitos aspectos não menos importantes. Esta suposição encontra também sustento em que, por um lado, MacCormick (1978) se inclui entre os positivistas, mas, por outro lado, questiona a existência de uma “nítida linha de separação” entre as “teorias positivistas” e as “teorias jusnaturalistas”.

Assim, a orientação comumente axiomática destas doutrinas, o respectivo cumprimento na

codificação e o racionalismo teórico que as caracteriza a ambas são notas desveladoras de um “parentesco” que não se pode disfarçar ou pretender dissimular. Tanto o jusnaturalismo como a orientação legalista que se lhe contrapõe sustentam a redução do direito positivo à expressão da juridicidade oferecida por um corpo de normas pré-objetivado, o que, evidentemente, corresponde à expulsão do cenário jurídico do problema suscitante da decisão concreta e da normatividade suscetível de fundamentar do núcleo das dimensões constitutivas da juridicidade global do sistema e, indiretamente, ao apagamento da historicidade que, fruto da *experiência prática* ligada àquele primeiro vetor e cunhada pelas *valências práticas* informantes deste segundo, anima e, portanto, humaniza o direito.

Pode até mesmo dizer-se que quer o positivismo jurídico, quer o jusnaturalismo, se definem por referência a uma *realidade* pré-existente: aquele, por referência à realidade das leis (im-) postas (antes) pelo poder constituído; este, por referência a uma natureza humana como “*produto final*” do direito ou a uma “*realidade de caráter absoluto*” que não é instituída pelo homem, mas antes o vincula.

E encontram-se ainda, repare-se, no unilateralismo, de sinal diverso, de que dão mostras e em que se comprazem: o empirismo típico da perspectiva positivista limita-se a considerar aditivamente normas e mais normas; esta movimentação exterior distrai-o completamente dos fundamentos do movimento e não o deixa ver que são exatamente esses fundamentos a instância fundamentante do seu movimentar-se. A mera descrição do sistema jurídico, a sua pretensa observação neutral dirigida de fora para dentro, que recusa o empenho de uma co-participação responsabilizante por parte do operador do direito (e nomeadamente do juiz), não é mais do que uma “falácia positivista”. Por sua vez, o jusnaturalismo não compreende que o movimento que recusa ao definir-se por um quietismo que o nega é re-fundamentante do fundamento que, também falaciosamente, pré-fixa⁸.

Dito isto, estamos agora em condições de compreender que, não obstante os conluios em que se co-envolvem, o positivismo jurídico legalista e o jusnaturalismo essencialista se distinguem muito claramente quando se os coloca perante a questão da interpretação jurídica e do problema que aqui particularmente nos ocupa: diretamente, o da (justa) legitimação da ordem jurídica e, indiretamente, o de sua relação com a questão da segurança jurídica.

Para começar, para a doutrina do direito natural o direito objetivamente reconhecível é predeterminado no logos, na lei divina ou na razão. Já de acordo com o positivismo, nada está predeterminado ou pelo menos não são reconhecíveis conteúdos precedentes do direito; o conteúdo do direito é, pois, discricional.

Depois, tanto à tradição do direito natural como a do positivismo jurídico se levanta o problema da tarefa interpretativa no momento da aplicação da lei. Mas são problemas diferentes. E bem se sabe que, no que se refere propriamente ao espaço do direito, parece muito intuitivo que toda proposta metodológica, de per si, remete a uma certa concepção ontológica do próprio direito: por exemplo, a interpretação exegética remete à idéia do direito como expressão de uma vontade legislativa perfeita e completamente declarada; a interpretação segundo a intenção do legislador, à idéia positivista do direito como (mera) vontade daquele; a interpretação sistemática, à idéia do direito como sistema; a interpretação histórica, à idéia do direito como fato de formação histórica; a interpretação sociológica, ao direito como produto social; a interpretação segundo cânones de justiça racional, ao direito natural, e assim sucessivamente.

Assim que se o positivismo legal intenta desconectar lei e justiça (pretendendo a neutralidade axiológica do ordenamento jurídico e do operador do direito) e identifica a lei, em termos de Hart, seguindo uma “regra de reconhecimento” (no sentido de que são leis as que derivam das fontes adequadas, sejam ou não justas estas leis), então o positivismo jurídico tem também um problema hermenêutico de aplicação, a saber: como identificar a lei ou leis que dão cobertura ao caso particular que se julga e, muito particularmente, como reduzir ou minimizar a incerteza (“penumbra

de incerteza”, dizia Hart) que rodeia a aplicação estritamente semântico-formal do direito?

O jusnaturalismo, por sua parte, não tem somente um problema formal de interpretação da regra; tem também um problema moral, porque para esta tradição (que se concentra no direito como uma classe de prática que subministra razões morais para a ação) a lei tem que ser expressão e veículo da justiça, e aplicar o direito é pois fazer justiça e realizar um ato moral. E aqui já não entrariam somente considerações de pragmática da norma, pois o contexto de aplicação da lei pode haver mudado, mas também da influência de outros fatores que necessariamente intervêm no processo de aplicação do direito, como por exemplo: a subjetividade do juiz, que é mediador, com todas suas peculiaridades pessoais e compromissos, inserto em determinada comunidade, que é parte de um sistema institucionalizado do direito, etc.

Nesse preciso sentido, ambas as tradições nos põe diante de dois grandes problemas hermenêuticos distintos (semântico formal e pragmático moral) os quais, por sua vez, pressupõem distintos modelos de juiz: o do magistrado que deve limitar-se a aplicar a lei de forma moralmente neutra, mas com o maior e mais rigoroso cuidado para não descuidar do sistema jurídico; e o do juiz que deve aspirar à correção moral e a administrar a justiça na aplicação da lei.

E quaisquer dos dois têm problemas morais convergentes, pois se é verdade que o positivismo jurídico põe em mãos da política toda a carga moral do sistema legal, isto é, em mãos do legislador (com o que a justiça pode ser sequestrada pela lógica do poder e o sistema legal ser pervertido pela natureza eventualmente oligárquica ou tirânica do regime político), não é menos certo que sobre-responsabilizar ao juiz na administração da justiça, dando-lhe liberdade e competências excessivas de interpretação, pode vir a desembocar em um processo de interpretação ilimitada das normas, na arbitrariedade decorrente de um desregrado subjetivismo ou, em última instância, na tirania do poder judicial.

Pois bem, já no que se refere ao tema da legitimidade da ordem jurídica e de sua relação com a questão da segurança jurídica, como acentua Hruschka, a rejeição da perspectiva jusnaturalista na imposição do mencionado problema conduz verdadeiramente a uma renúncia a considerá-lo. Com efeito, o positivismo jurídico afirmou-se sempre pela negativa – contra o pensamento do direito natural – e através de um dogma que apresenta duplo aspecto: um aspecto intrínseco, que se consubstancia na tese da “auto-suficiência” do direito positivo; e um aspecto extrínseco, em que aquele primeiro se projeta, que se deixa sintetizar no sem sentido da pergunta pela legitimação do ordenamento jurídico. Se o único paradigma que permite pensá-la era, postuladamente, o jusnaturalismo e se este era o inimigo a abater, nada mais restava do que riscá-la do horizonte das preocupações justificadas.

Outra será, porém, a conclusão a que chegamos se não reduzirmos a positividade do direito à sua descaracterizadora hipertrofia por parte do positivismo jurídico. Esta última orientação, centrada no bipolarismo direito natural/direito positivo, considerava que qualquer tentativa de legitimar o direito positivo remeteria necessariamente para o pré-positivo ou para o trans-positivo, e assumiria sempre “caráter jusnaturalístico”.

O modo mais radical de evitar o dilema era complexo: negava-se a existência do direito natural. Mas, por cautela, não deixava de se acrescentar que, mesmo na hipótese de ele existir, nunca o homem o poderia conhecer; e se acaso o lograsse, não seria de qualquer maneira capaz de comunicá-lo. Para que então dispender esforços com o objetivo de vir a conhecer o incognoscível, porque inexistente, direito natural? E se se concedesse na superação da barreira determinada por esta impossibilidade: qual o sentido de um empenho na intelecção do ininteligível direito natural? E pressuposto ainda o absurdo de uma resposta conclusiva à interrogação precedente: como comunicar o “incomunicável” direito natural?

Sem embargo, de que modo é que a positividade do direito pode escapar à obsessão empirista do

legalismo? Para o positivismo jurídico – que, recorda-se, corresponde nuclearmente a uma “acrítica aceitação do *status quo ante*” –, o significado do direito não é o de uma tarefa a cumprir pelo homem, que somente por sua mediação se realizará como pessoa, mas algo fossilizado que, em vez de suscitar uma provocante compreensão instituinte, não gera mais do que uma inventariação arqueológica, na vã e obsessiva tentativa de garantir, a todo e qualquer custo, a segurança jurídica. Mas esta não é, afortunadamente, a única via trilhável.

Para o que aqui nos interessa, contudo, é mais importante a conclusão que deflui da consideração de que o direito é positivo quando “ex -posto”, radicando, portanto, a sua “positividade” na respectiva “ex -ponibilidade”. E uma vez superado o prejuízo positivista da imanente inerência do significado de um texto que o corporifica, diremos antes que o direito positivo é a tradução lingüística e a objetivação de uma normatividade que, por conseguinte (e contra a pretensão do positivismo jurídico que, dado o equipamento analítico de que dispõe é satisfatório para observar e descrever fatos, mas inadequado para compreender sentidos), não está já nas palavras, mas apenas lhes advém quando se pergunta pelo seu significado.

Este (o enunciado normativo positivamente ex-posto) remete sempre para um plano extra-lingüístico, pois não identifica uma “qualidade” das palavras, mas a sua “relação” com a vida. Quer tudo isso dizer que as palavras – e, portanto, também os textos normativos – são “manifestações” de coisas que significam, o que desvela a inconcludência da tese nuclear da hermenêutica positivista segundo a qual o sentido é imanentemente inerente às palavras. Assim sendo, tanto as proposições coloquiais como as especificamente jurídicas somente poderão ser compreendidas (somente se logrará discernir o respectivo sentido) quando se reconhecer que elas remetem para um plano extra-normativo (ou extra-positivo), para uma relação de vida, onde a questão da segurança jurídica será sempre um valor (por certo essencial) a se considerar de forma histórica e circunstancialmente condicionado à idéia de justiça material. O enunciado normativo não é mais do que um elemento de um ou mais atos sociais realizados dentro de certo contexto histórico intersubjetivo.

Dito de modo mais simples, os significados dos enunciados normativos devem poder ser analisados nos contextos das situações interativas e intersubjetivas: portanto estão presentes na linguagem não somente os estados de coisas, a que se referem às palavras, senão também as intenções dos indivíduos-falantes (Searle, 2000) e inclusive as relações interpessoais por meio das quais as palavras recebem seu valor (Habermas, 1998).

É verdade, sem dúvida alguma, que a complexa tarefa hermenêutica do operador do direito (e nomeadamente do julgador) implica uma atividade interpretativa do ditado normativo (e do fato que se tem que valorar) que nunca é meramente literal ou gramatical, nem sequer somente sintático, senão também e por excelência semântico-cultural. Na linguagem jurídica (ainda que esteja caracterizada por sua tecnicidade) interpretar a lei significa reintroduzir as expressões desta última no sistema jurídico global e no âmbito histórico-cultural ao qual pertence. Um fenômeno não pode ser observado e compreendido se não estiver inserido dentro do sistema de relações em que se encontra; e o fenômeno jurídico pertence, precisamente, ao duplo sistema do direito e da vida⁸.

Isto implica, depois de tudo, oferecer uma definição de segurança e certeza jurídica que não repousam sobre a simples previsibilidade das decisões senão, igualmente, sobre a legitimidade substancial de seu conteúdo e de seus efeitos; em segundo lugar, que tal legitimidade não é medida – nem apurável – somente por referência ao sistema jurídico e a uma possível interpretação globalmente coerente do mesmo, senão que requer, de forma simultânea e concorrente, uma tarefa interpretativa e argumentativa que ligue a decisão, o caso concreto, o sistema jurídico, a forma de vida (dominante) e as funções próprias de nossas intuições e emoções morais. A sua tendência volta-se ao conhecimento abrangente da cena que se lhe oferece a historiar, perpassada pelos ideais de justiça, de certeza do direito e de segurança jurídica (valores que, em última instância, resultam de nossas intuições e emoções morais e de nossa inata

capacidade para inferir os estados mentais e prever o comportamento dos demais), contextualizados e só visíveis em cada caso.

Nesse sentido, sempre que saibam renunciar as suas próprias, idiossincrásicas e respectivas unidimensionalidades, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico se apresentam como aspectos não renunciáveis da edificação de uma teoria do direito como prática social (e institucional) de tipo interpretativo e argumentativo que, graças aos diferentes agentes da praxis jurídica, venha a penetrar na vida cotidiana de uma comunidade ética, cultural e histórico-social⁹.

Um equívoco comum das interpretações naturalistas do direito consiste em entender que a natureza humana contém o que poderíamos chamar o “produto final” do direito, enquanto que para uma interpretação positivista do fenômeno jurídico o melhor caminho é sempre o de negar, pura e simplesmente, a natureza humana. Ocorre que domínio das preferências humanas é, como bem sabemos, o resultado de uma maturação dentro de um grupo social e com adaptações a acontecimentos históricos determinados, maturação que conduz desde as restrições gerais para a percepção e o armazenamento discriminatório das representações culturais e cognitivas ao repertório final —e muito plástico— dos padrões de atividade de nosso cérebro dos que emerge nossa conduta.

Assim que a iniludível natureza humana impõe o que poderíamos chamar as “regras do jogo” mas não o resultado final¹⁰. O mais significativo, não obstante, é a possibilidade de fixar, dentro dessas regras do jogo, certos valores de alto rango que se deduzem do sentido do direito como um instrumento, uma estratégia sócio-adaptativa, para a convivência social (i.e., um sistema normativo de solução de controvérsias e guia de condutas mediante regras que proporcionam razões para a ação). Por muito que a diversidade cultural e a facilidade da aculturação permitam impor de partida quase qualquer regra jurídica —e a História nos mostra todo um catálogo de propostas que levam a situações monstruosas— as regras “aberrantes” acabam por resultar, no fundo, como ilegítimas, porque contrárias às nossas intuições e emoções morais fixadas pela seleção natural.

Neste particular, pese a seu enfoque não evolucionista, a Teoria da Justiça de Rawls se baseia precisamente nesse suposto. O ser humano dispõe de um sistema de qualificação moral que lhe permite qualificar como “boas” não quaisquer das ações que se proponham a levar a cabo senão algumas muito concretas: aquelas nas quais “bom” significa “bom para todos” (Tugendhat, 1979). Isso não quer dizer, evidentemente, que o ideal de “bom para todos” se haja cumprido sempre, e nem sequer parece possível depreender que se vá a cumprir alguma vez. Mas estabelece uma linha de progresso moral: a que está ligada à extensão cada vez maior do grupo ao que lhe cabe a qualificação de “todos”. E uma linha de progresso intuída em torno do conceito universalizável de “bom” importa, fundamentalmente, na circunstância de que embora não pareça possível conhecer todo o conteúdo concreto do direito (mas somente determinadas estruturas, valores e princípios, ainda que só negativamente), em nenhum caso será válido ou legítimo um “direito manifestamente injusto”¹¹.

Isto significa, em termos mais modestos e mais realistas, um compromisso específico e virtuoso —no sentido da *virtù* de Maquiavel (que Cícero denominou *virtus* e os republicanos ingleses traduziram como *civic virtue* ou *public-spiritedness*)- do operador do direito no sentido de construir desenhos institucionais, normativos, discursivos e sócio-culturais os mais amigáveis possíveis para com as funções próprias de nossas intuições e emoções morais, e, em segundo lugar, quando isso não seja inteiramente possível, que se defendam desenhos institucionais, normativos, discursivos e sócio-culturais opostos a sempre possível manipulação perversa dessas intuições e emoções.

É necessário, portanto, ter sempre presente que o fundamento do direito e da própria atividade hermenêutica se formula precisamente a partir de uma posição antropológica e põe em jogo uma fenomenologia do atuar humano. Que somente situando-se desde o ponto de vista do homem e de sua natureza será possível ao julgador representar o sentido e a função do direito como unidade de

um contexto vital, ético e cultural: o homem, ponto de partida e chegada do fenômeno jurídico, que vive das representações e significados desenhados para a cooperação, o diálogo e a argumentação. Que, em seu "existir com" e situado em um determinado horizonte histórico-existencial, pede continuamente aos outros, cuja alteridade interioriza, que justifiquem a legitimidade de suas eleições aportando as razões as subjazem e as motivam.

Compreender a natureza humana, sua limitada racionalidade, suas emoções e seus sentimentos parece ser o melhor caminho para que se possa construir, com a participação integral, ética e responsável do operador do direito, um modelo institucional e normativo que, compatibilizando justiça e segurança jurídica, permita a cada um viver com o outro na busca de uma humanidade comum.

Não devemos crer em uma fratura entre uma realidade "autônoma", que influi no direito e se desenvolve a seu lado, e o direito mesmo: somos nós os que produzimos a realidade do direito e a edificamos enunciando o que este mesmo é em sua essência. Há direito onde sujeitos diferentes discutem e desenvolvem, submergindo-se na praxis, proposições e enunciados normativos a partir de uma concepção republicana democrática de justiça e segurança jurídica, quer dizer, de uma concepção republicana democrática cujo peculiar talante de modelo ético-político aberto aporta valores de cidadania e de metodologia jurídico-política essencialmente úteis para tomar o direito como um instrumento de construção social e, muito particularmente, para assimilar os câmbios formais e materiais no processo de toma de decisões ante a dinâmica fluída (e por vezes enlouquecida) do "mundo da vida" cotidiana.

Afinal, o direito encontra-se entre os fenômenos culturais mais poderosos já criados pela humanidade, e precisamos entendê-lo melhor se quisermos tomar decisões jurídicas bem informadas e justas. Embora haja riscos e desconfortos envolvidos, nesse tema, devemos tomar fôlego e deixar de lado nossa relutância tradicional de investigar cientificamente os fenômenos jurídicos, de modo a compreender *como* e *por que* o direito inspira tal devoção, e descobrir como deveríamos aperfeiçoá-lo a partir do estabelecimento de elos com a natureza humana.

Notas de rodapé convertidas

1. Uma observação paralela acerca da noção de liberdade: para começar, diremos que para ser plenamente indivíduo, para gozar de plena existência individual, separada e autônoma, é necessária a liberdade plena. E a liberdade (plena), a exemplo do que ocorre com a individualidade, também não pressupõe a (plena) existência *ab initium et ante saecula* de indivíduos (plenamente) separados e autônomos, senão que a (plena) existência separada e autônoma desses indivíduos pressupõe a (plena) institucionalização histórico-secular da liberdade. De fato, na vida social tudo é possível: o melhor – se houver – e, desde logo, o pior. Tão é tudo possível na vida social, que até é possível nela a declaração de inexistência individual, o certificado de defunção social de alguns humanos: a escravidão é a morte do "indivíduo" para todos os efeitos do trâmite social, sua desumanização total por via de redução do sujeito a mero *instrumentum vocale*, segundo a célebre formulação do direito romano (ou "instrumento animado", para usar a expressão de Aristóteles). Para existir como indivíduo separado e autônomo é, pois, e ao menos, necessária a prévia institucionalização da liberdade; é necessário não ser escravo, não ser tratado como um instrumento, senão como um fim em si mesmo – aliás, dito seja de passo, perde-se habitualmente de vista que quando Kant formula a exigência de tratar aos demais como fins em si mesmos, não está dizendo nada radicalmente novo e "moderno", mas que está repetindo o mesmo que sustentaram todos os filósofos morais e todos os juristas republicanos ao menos desde Aristóteles, ou seja: que aos livres não se lhes pode tratar como escravos, quer dizer, como instrumentos ("vocais" ou "animados"). Pois bem, o liberalismo entende por liberdade somente a liberdade negativa, e esta é definida de tal maneira que uma pessoa é livre quando está livre de coerção, quer dizer, que não há ninguém nem tampouco uma lei que lhe ponha impedimentos. De liberdade positiva se fala, em câmbio, quando uma pessoa tem a capacidade e a oportunidade de

atuar, ou seja, de que o Estado não só deve proteger senão também ajudar o indivíduo, de criar oportunidades para que o indivíduo se possa ajudar a si mesmo. Para citar um exemplo que se encontra em Hayek: no primeiro caso, um montanhês que cai em um abismo do qual é incapaz de sair, é livre neste sentido porque não há ninguém que o impeça de sair; já no caso de liberdade positiva, nosso montanhês precisamente não seria livre neste sentido, se não pode sair, ainda que ninguém o impeça – falta-lhe a capacidade e a oportunidade de atuar. O direito proíbe, por exemplo, matar a outro indivíduo se não é em circunstâncias muito extremas, e isso supõe uma restrição óbvia de meus cursos de ação, supõe uma interferência. Mas dita interferência não é arbitrária, senão que precisamente está justificada pela proteção geral da liberdade dos cidadãos, assim que não pode implicar uma violação de minha liberdade mais que em um sentido muito primário. No mesmo sentido, seguramente não seríamos verdadeiros cidadãos se o direito consentisse a alienação de nossa liberdade, se, ponhamos o caso, reconhecesse validade pública a um contrato civil privado, livremente subscrito – *coacti volunt* –, por meio do qual uma das partes se vendesse a outra na qualidade de escrava, participando do preço. Há direitos de todo ponto inalienáveis, como o direito a não ser “objeto” ou propriedade de outro. E são inalienáveis, porque não são direitos puramente instrumentais, senão direitos constitutivos do homem mesmo como âmbito de vontade soberana: direitos que *habilitam publicamente a existência de indivíduos dignos, separados, livres e autônomos*. Certamente que o fato de que a lei limite nossa capacidade de eleição, proibindo a alienação voluntária da própria liberdade é uma interferência. Mas bem sabemos que não nos molestam as interferências como tais, senão somente as interferências arbitrárias. As interferências legais não arbitrárias não somente não diminuem ou restringem em nada a liberdade, senão que a protegem e ainda a aumentam, como claramente se pode constatar nos exemplos aqui mencionados. Sem inalienabilidade legal da própria pessoa – para seguirmos no exemplo dado –, não há liberdade, nem há dignidade, e nem, se bem observado, existências políticas individuais, autônomas e separadas. Trata-se, em síntese, de uma concepção robusta de liberdade, aqui entendida em seu sentido republicano-democrático, como “não interferência arbitrária”, ou seja, como um aparato histórico-institucional que imponha ao Estado a *obrigação* de assegurar e de promover a liberdade necessária para que o indivíduo possa autoconstituir-se como entidade separada e autônoma, e que, em igual medida, garanta ao mesmo plena capacidade para resistir à interferência arbitrária não somente do próprio Estado, mas também de si mesmo e de todos os demais agentes sociais. Esta restrição legal (como não interferência arbitrária e própria da liberdade republicana) característica de nossas democracias é um dos testemunhos mais patentes do fato de que a base do mundo político moderno foi sentada pela tradição republicana. Representam o núcleo duro republicano de nossas democracias, resistentes até agora (embora por vezes mitigadas e vilipendiadas de forma dissimulada) à “desconstrução” que o liberalismo operou na modernidade. Sobre liberdade republicana e sua diferença com relação a liberdade liberal: Pettit, 1999; Overero *et alii*, 2004; Skinner, 1996 , 1998; Sandel, 1982; e Atahualpa Fernandez, 2002 e 2006.

2. Note-se - oportunamente - que, em matéria de hermenêutica jurídica, não há no sistema jurídico norma que oriente sobre que princípio (ou valor) jurídico deve ser privilegiado e qual deve ser depreciado em um determinado caso concreto, ou seja, critérios normativos, absolutamente definidos em todo tempo e lugar, para fixar a dimensão de peso ou de importância entre princípios ou valores concorrentes ou conflitantes. Neste particular, temos nos manifestado no sentido de que, em caso de *concorrência* entre princípios, o “princípio da proporcionalidade” ou da “razoabilidade” (chama-se como quiser) é suficiente para operacionalizar um processo de *cedência recíproca* ou de *concordância prática*, no sentido de congruar os princípios ou valores aparentemente contraditórios, desde que abduquem da pretensão de serem interpretados de forma absoluta. Sem embargo, no caso de “conflito” ou “contradição” de princípios ou valores (não incomum e insolúvel mediante o processo de cedência recíproca ou de concordância prática), o critério do *maximin* que proponho parece ser o mais apto e eficaz para superar, sempre diante do caso concreto, a referida colisão, mediante a *preferência* ou *prioridade*, na efetivação, de certos princípios ou valores frente aos restantes. Dizendo de outro modo, o peso ou a importância do princípio ou valor a ser aplicado se decide pelo intérprete à luz do caso concreto mediante a

aplicação do critério *maximin*, atendida a seguinte condição: a pessoa que, em relação com a repartição dos direitos e valores individuais próprios da validade da pretensão, está na posição mais desvantajosa, deve-se-lhe conceder o argumento prioritário decisivo, quando, de outorgando-se a prioridade à meta-ordem individual da pessoa que se encontra em melhor situação, ela venha a ser colocada em uma postura ainda mais desvantajosa. Isto significa, em linguagem mais simples e geral, um compromisso mais específico em relação aos interesses e liberdades dos menos favorecidos na sociedade – aliás, o aspecto mais importante da equidade – isto é, o de uma aversão espontânea e reflexiva à desigualdade e a efetiva proteção às minorias, aos mais desfavorecidos, aos direitos humanos e fundamentais, às liberdades fundamentais, etc. (cfr. Atahualpa Fernandez. *Argumentação jurídica e Hermenêutica*, 2006).

3. É que as decisões jurídicas, dependendo do grau que assumam no ordenamento jurídico, constituem inegável instrumento de estabilidade e alteração da realidade social, de modo que o intérprete tem indissociável “responsabilidade social” com a decisão jurídica que profere. Esta “responsabilidade social” nada mais é do que um componente da prudência que deve iluminar todo o processo decisório, a fim de serem afastadas as decisões estapafúrdias, desconectadas do sistema jurídico e do contexto histórico-social em que são proferidas. E o juiz, mais do que qualquer outro intérprete do direito, tem elevada à máxima potência essa exigência de prudência com o teor das suas decisões. O direito, como instância da realidade, tem inegável função de promover a estabilidade social. Sob este prisma, a *prognose* não somente influi diretamente sobre os efeitos que a decisão jurídica provocará no futuro senão que também manifesta a prudência no ato de julgar, pois revela a preocupação do intérprete com as conseqüências futuras de uma decisão jurídica sobre a estabilidade do sistema jurídico e do corpo social. A pré-compreensão (dado passado) e a *prognose* (dado futuro) ocorrem rotineiramente no processo de interpretação jurídica. A “boa interpretação”, a interpretação “satisfatória”, entendida como a interpretação cujo componente de justiça não afeta a estabilidade social e a segurança jurídica, é aquela que considera de forma equilibrada estes dois aspectos no processo interpretativo .

4. Observe-se que desde suas primeiras formulações, a justiça sempre foi associada com a igualdade e , nessa mesma medida , foi evoluindo ao compasso desse princípio ilustrado. No Livro V da *Ética a Nicómaco* , por exemplo, Aristóteles desenvolveu a sua doutrina da justiça (que, ainda hoje, representa o ponto de partida de todas as reflexões sérias sobre a questão da justiça) situando a igualdade (proporcional ou geométrica) como o cerne deste valor, isto é, como núcleo básico da justiça. Como é quase ocioso recordar, a igualdade não é um fato. Dentro do marco da espécie humana, que estabelece uma grande base de semelhança, os indivíduos não são definitivamente iguais. O princípio ético-político da igualdade não pode apoiar-se portanto em nenhuma característica “material”; é mais bem uma estratégia sócio-adaptativa, uma aspiração desenvolvida ao longo de nossa história evolutiva, que passou de aplicar-se a entidades grupais mais reduzidas até englobar a todos os seres humanos (como proclamam, aliás, as mais conhecidas normas acerca dos direitos humanos da atualidade). A justificação de tal princípio descansa, desde suas origens, no reconhecimento mútuo, dentro de uma determinada comunidade ética, de qualidades comuns valiosas e valores socialmente aceitos e compartilhados, os quais representaram uma vantagem seletiva ou adaptativa para uma espécie essencialmente social como a nossa que, de outro modo, não haveria podido prosperar biologicamente. A regra, portanto, é do trato igual, salvo nos casos em que, por azar social (origem de classe, adstramento cultural, etc.) ou azar natural (loteria genética – que inclui a distribuição aleatória de talentos e de habilidades – enfermidades e incapacidades crônicas sobrevindas, etc.), dos quais não somos absolutamente responsáveis, o tratamento desigual esteja objetiva e razoavelmente justificado. Que embora a igualdade constitua o núcleo básico da justiça (e parece muito intuitivo que se trata de uma emoção moral arraigada em nossa arquitetura cognitiva mental : o mais canalha dos homens sempre reagirá ante um tratamento desigual no que se refere a sua pessoa), as reais e materiais desigualdades entre os membros de nossa espécie exigem o desenho de estratégias compensatórias para reparar, na medida em que se possa fazer, as desigualdades nas capacidades pessoais e na má sorte bruta. Dito de outro modo, justiça e igualdade não significam,

necessariamente, ausência de desníveis e assimetrias, já que os indivíduos são sempre ontologicamente diferentes, mas, sim, e muito particularmente, ausência de exploração de uns sobre outros. Daí que tratar como iguais aos indivíduos não necessariamente entranha um trato idêntico: não implica necessariamente, por exemplo, que todos recebam uma porção igual do bem, qualquer que seja, que a comunidade política trate de subministrar, senão mais bem a direitos ajustados às diversas condições (Dworkin, 1989).

5. Tal como assinala o evolucionista Richard Alexander (1994), a principal força hostil da natureza encontrada pelo ser humano é o outro ser humano. Os conflitos de interesses estão onipresentes e os esforços competitivos dos outros membros de nossa espécie se converteram no traço mais caracteristicamente marcante de nosso panorama evolutivo. Em virtude de que todos temos as mesmas necessidades, os outros membros de nossa própria espécie são nossos mais temíveis competidores no que se refere a vivenda, emprego, companheiro sexual, comida, roupa, etc. Sem embargo, ao mesmo tempo, são também nossa única fonte de assistência, amizade, ajuda, aprendizado, cuidado e proteção. Isto significa não somente que a qualidade de nossas relações sociais foi sempre vital para o bem estar material de nossa espécie, como a solução pacífica dos conflitos e a igualdade passaram a ser uma estratégia eficaz para evitar os altos custos sociais da competição e da desigualdade material. Essas considerações vão ao âmago mesmo dos dois tipos distintos de organização social encontrados entre os humanos e os primatas não homínides: o que se baseia no poder e domínio (“agônico”) e o que se baseia em uma cooperação mais igualitária (“hedônico”). Devido a que as sociedades de classes tem sido predominante ao largo da história da humanidade, temos a tendência a considerar como norma humana as formas agônicas de organização social. Mas isso passa por alto da evidência de que durante nossa pré-história como caçadores-recoletores – a maior parte da existência humana – vivemos em grupos hedônicos. De fato, os antropólogos qualificaram de “firmemente” igualitárias as sociedades modernas de caçadores-recoletores. Em uma análise de mais de um centenar de informes antropológicos sobre vinte e quatro sociedades recentes de caçadores-recoletores estendidas ao largo do planeta, Erdal e Whiten (1996) chegaram à conclusão de que estas sociedades se caracterizavam por um “igualitarismo, cooperação e reparto a uma escala sem precedentes na evolução dos primatas..., de que não há hierarquia dominante entre os caçadores-recoletores..., e de que o igualitarismo é um universal intercultural que provém sem lugar a dúvidas da literatura etnográfica”. Em resumo, o igualitarismo das sociedades de caçadores-recoletores – recentes em termos evolutivos –, que marcou as pautas de nossa existência passada enquanto seres humanos “anatomicamente modernos”, deveria considerar-se como uma eficaz estratégia sócio-adaptativa que evitava os altos custos sociais da desigualdade material. Paralelamente a este processo evolucionou a justiça - e a igualdade proporcional aristotélica é uma manifestação explícita deste paralelismo –, cujo núcleo duro e indisponível reside na circunstância de que todos os seres humanos devem ser considerados como fins e nunca como meios, e que são merecedores de um trato e consideração igual em todos os vínculos sociais relacionais que se consideram constitutivos da autonomia e liberdade do indivíduo, quer dizer, que permitem a cada um viver o livre desenvolvimento de sua identidade e de seus projetos vitais em uma comunidade de homens livres e iguais unidos por um comum e fraterno sentimento de legitimidade e de submetimento ao direito, e em pleno e permanente exercício de sua cidadania. Neste particular, o descobrimento de que os *Cebus apella* (macaco prego) estão dispostos a intercambiar fichas por comida mas somente quando o trato é similar ao que se dá a outros indivíduos do grupo abre igualmente um amplo campo de possibilidades de estudo que pode relacionar-se à perfeição com as idéias acerca da origem e da evolução da igualdade entre os primatas. Tem, portanto, sentido ligar de forma prioritária a concepção de justiça às virtudes ilustradas de liberdade, igualdade e fraternidade. A história recente das teorias da justiça é fundamentalmente a da articulação e do desenvolvimento cada vez mais refinado e sofisticado dessas virtudes e, muito particularmente, do princípio de igualdade. Dito de outro modo, estas três virtudes que configuram a noção de justiça somente são aspectos diferentes da mesma atitude humanista fundamental destinadas a garantir o respeito incondicional à dignidade humana. (Atahualpa Fernandez, 2005 e 2006).

6. Segundo Brian Bix (1999), uma razão pela qual os teóricos do direito natural e os juristas positivistas parece falar de coisas diferentes é que eles têm distintos pontos de partida acerca do que é o direito, e do que a teoria deve tratar de fazer. Os positivistas (com a possível, ainda que importante exceção de Kelsen) tendem a concentrar-se no direito como uma classe de sistema social. Pelo contrário, os teóricos do direito natural se concentram no direito como uma classe de prática que subministra razões (Finnis, 1998). O direito dá razões para a ação, ao menos (muitos diriam) quando é consistente com os *standard* morais mais altos: os teóricos do direito natural aqui insistem nas razões *morais* para a ação que o direito pode (algumas vezes) oferecer, e não nas razões prudenciais que as sanções jurídicas (como todas as ameaças de força ou vergonha pública) pode implicar. Este aspecto do direito chama a atenção dos teóricos acerca da congruência de normas particulares, e sistemas jurídicos particulares, com critérios morais, para determinar quando o direito se incorpora à lista de nossas razões morais para a ação. Por conseguinte, conclui Bix, parece inevitável que uma análise do direito como uma atividade que subministra razões, uma análise de quando ou como os sistemas jurídicos criam novas razões morais para a ação, nos levará a uma direção diferente ao de um estudo do direito como uma classe particular de instituição social, e vice-versa.

7. Particularmente com relação ao positivismo jurídico, ao significar para o pensamento não apenas o repúdio dos jusnaturalismos teológico e racionalista – formas de dogmatismo acrítico-sistemático e ahistórico que havia sem dúvida de se superar –, mas igualmente por envolver ainda um agnoscitismo axiológico, uma deliberada recusa da intenção axiológica – que teria como resultado uma cegueira metodológica para o normativo, o próprio sacrifício intencional da dimensão normativa, a essencial dimensão axiológico-normativa do jurídico e, assim, uma total incompreensão dos problemas do fundamento e da validade da juridicidade enquanto tal –, esta ainda dominante linha de pensamento, confundindo direito com o “direito posto” (pelo Estado), a legalidade vigente com a legitimidade jurídica e sobrevalorizando não só o método algoritmo como também a segurança em detrimento do comunitário projeto axiológico-jurídico, foi (e ainda é) responsável por graves aberrações que acabaram por atentar contra a natureza humana. Pode-se argumentar, é verdade, que esta situação é excepcional e não deve, por isto, ser tomada em consideração. Mas engana-se quem assim pondera. A vida social despenca do normal para o excepcional com mais facilidade do que se pensa e com maior rapidez do que seria imaginável. E a história (e as ciências da vida) está aí para demonstrar a necessidade de uma adequada concepção acerca da natureza humana para tratar com valores, normas e princípios jurídicos, e, muito especialmente, para fazer face ao emocional e ao imprevisível, advindos tanto do hemorrágico processo de elaboração de leis quanto do subjetivismo que afeta a tarefa de realização do direito e do ensandecido entorno sócio-cultural. Não resta dúvidas de que a sua atual e inegável desvinculação com relação às outras áreas de conhecimento, à realidade social e suas práticas tem gerado como consequência o reforço da crise de legitimação do próprio direito. Pode-se dizer, inclusive, que o direito vai anunciando um ponto crítico de que ele poderá sair subvertido ou resgatado. Ou conserva o isolamento teórico e o racionalismo formalizante que sempre o tem vindo a constituir, e dele não restará mais do que uma carcaça ressequida e fria de um dispositivo serventuário da autoridade estatal; ou ouve e faz seu o apelo de afirmação da natureza humana, de liberdade, igualdade e emancipação que o homem dirige ao mundo humano, e será também dele o futuro, pois neste caso o direito mais não será que o direito que ao homem compete cumprir e reconhecer a sua humanidade na “multidão dos homens”, isto é, que permitirá a cada um viver com o outro na busca de uma humanidade comum. É esta, pois, a crise interna do direito, aquela que não apenas no futuro, mas já hoje o atinge. Crise das mais graves que o jurídico alguma vez já sofreu: o direito a correr o risco de ser negado como direito; o pensamento jurídico a recusar o direito enquanto tal, como a sua intenção problemática e essencialmente humana, e a diluir-se por isso em intencionalidades ilegítimas e dogmáticas em que apaga a sua autonomia e, portanto, a si mesmo se anula. E neste momento em que o velho está morto ou morrendo e o novo ainda não pôde nascer ou impôr-se em sua integralidade, vem surgindo uma variedade de sintomas mórbidos, decorrentes, fundamentalmente, da quase completa desconexão do direito com o resto das ciências e o seu inconsequente e mais displicente descaso com as características (cognitivas,

morais e emocionais) que procedem da admirável natureza humana (Atahualpa Fernandez, 2006) .

8. Como se dá com tantas idéias na ciência social, a centralidade da linguagem é levada a extremos no desconstrucionismo, no pós-modernismo e em outras doutrinas relativistas e analíticas. Os textos de oráculos como Derrida são crivados de aforismos como “Não é possível escapar da linguagem”, “O texto é auto-referente”, “Linguagem é poder” e “Não existe nada fora do texto”. O prêmio para a afirmação mais extrema tem de ser para Roland Barthes, por sua declaração: “O homem não existe anteriormente à linguagem, seja como espécie, seja como indivíduo”. Sofismas intelectuais. De fato, se bem pensado, a língua não poderia funcionar se não se assentasse sobre uma vasta infra-estrutura de conhecimento tácito sobre o mundo e sobre as intenções de outras pessoas, isto é, as palavras sempre são interpretadas no contexto de uma compreensão mais profunda das pessoas e suas relações. No nosso caso, por exemplo, a própria existência de normas ambíguas , nas quais uma série de palavras expressa pelo menos dois pensamentos, prova que pensamentos não são a mesma coisa que séries de palavras e que somos equipados com faculdades cognitivas complexas que nos mantêm em contato com a realidade. A linguagem, assim entendida, é a magnífica faculdade que usamos para transmitir pensamentos e informação de um cérebro para outro, e podemos cooptá-la de muitos modos para ajudar nossos pensamentos a fluir. Mas linguagem não é o mesmo que pensamento, nem a única coisa que separa os humanos dos outros animais, a base de toda cultura, a morada do ser onde reside o homem, uma prisão inescapável, um acordo obrigatório, os limites de nosso mundo ou o determinante do que é imaginável (Pinker, 2002). A idéia de que o pensamento é o mesmo que a linguagem constitui um bom exemplo da que poderia denominar-se uma estupidez convencional, ou seja, uma afirmação que se opõe ao mais elementar sentido comum e que, não obstante, todo mundo se crê porque recorda vagamente havê-la ouvido mencionar (Pinker, 1994). Mais recentemente se há visto as limitações insalváveis de afirmações do tipo que o “ser que pode ser compreendido é linguagem” e até mesmo a relação estabelecida nos textos aristotélicos entre a linguagem e o sentido do justo e do injusto: certas observações e experimentos indicam que já outros primatas reacionam como se tivessem algo parecido a um sentido de justiça, ainda que careçam de linguagem; sem linguagem pode haver compaixão, cooperação e quiçá algo assim como um sentido de justiça. Da mesma forma, nem toda cultura é linguística. Uma grande parte da cultura é independente da linguagem e se transmite por imitação não mediada por palavras: por exemplo, a cultura de diversos primatas que carecem de linguagem - como os chimpanzés ou os macacos (de Waal, 1993, 1996 e 2001) -, assim como a transmissão de determinados ofícios e a propagação das modas entre os humanos (Mosterín, 2006). Dito de outro modo, a linguagem é simplesmente o conduto através do qual as pessoas compartilham seus pensamentos e intenções, suas experiências de prazer e de sofrimento - enfim, a que permite o reperto (sócio-afetivo) da subjetividade -, e, com isso, adquirem o conhecimento, os costumes e os valores daqueles que as cercam e no contexto da realidade em que plasmam suas respectivas existências. Nas palavras do linguísta Derek Bickerton (1995): não é (a linguagem) somente um meio de comunicação senão uma maneira de organizar o mundo, e cuja finalidade é pôr pensamentos nas mentes das outras pessoas e extrair pensamentos das mentes das outras pessoas. E não somente isso. No que diz respeito propriamente a sua origem, por exemplo, Tomasello (1999) rechaça a idéia de que uma mutação tenha criado a linguagem. Para ele, a chave radica em que nos humanos evoluciona biologicamente uma nova maneira intencional de identificar-se e de entender-se com membros da mesma espécie. A continuação do processo, a partir desta única adaptação cognitiva que permite reconhecer aos outros como seres intencionais, teria tido um caráter inteiramente cultural e produziu o desenvolvimento de formas simbólicas de comunicação. Este desenvolvimento, sustenta Tomasello, transcorre a uma velocidade que nenhum processo de evolução biológica pode igualar.

9. Nas palavras de Brian Bix (1999): pode ocorrer que a dupla natureza do direito – como instituição social e como prática que subministra razões – faça impossível capturar a natureza do direito mediante um único enfoque, e que se necessite um enfoque mais “neutral” (como o do

positivismo jurídico) para compreender, justificar e acentuar seu lado institucional, e um enfoque mais valorativo (como o das teorias do direito natural) para dar conta, viabilizar e operacionalizar seu lado de prática que confere (subministra) razões (morais para a ação).

10. E não podemos inferir nada acerca da natureza humana a partir de nossos meros ideais políticos ou de vagas elocubrações acadêmico- filosóficas. A investigação da natureza humana é uma questão tão fática como a medida do perihélio de Mercúrio. Resulta epistemologicamente insustentável a posição dos que postulam uma natureza humana de um certo tipo com independência de qualquer informação empírica sobre esta e meramente como condição transcendental da possibilidade da moralidade, da responsabilidade, da sociedade igualitária ou da igual “dignidade” humana. Neste particular, parece oportuno observar que a própria idéia de dignidade é um conceito relativo, a qualidade de ser digno de algo. Ser digno de algo é merecer algo. Uma ação digna de aplauso é uma ação que merece o aplauso. Um amigo digno de confiança é um amigo que merece nossa confiança. Se alguém é mais alto ou gordo ou rico (ou o que seja) que outro, então merece que se registre seu record, quer dizer, é digno de figurar no Guinness World Records. O que não significa nada é a tão popular dignidade genérica, sem especificação alguma. Dizer que alguém é digno, sem mais, é deixar a frase incompleta e, em definitiva, equivale a não dizer nada. De todos modos, palavras como “dignidade”, ainda que privada de conteúdo semântico, provocam secreção de adrenalina em determinados juristas acadêmicos e proclives à retórica. De fato, resulta inclusive muito difícil aceitar a própria noção kantiana da dignidade humana. E a razão, como se verá, consiste em que tal noção obriga a aceitar uma forma de dualismo de duvidosa cientificidade: que há um reino da liberdade humana paralelo ao reino da natureza e não determinado por ele. Depois, Kant mesmo não oferece prova alguma de que o livre arbítrio existe; se limita a dizer simplesmente que é um postulado necessário da razão prática pura sobre a natureza da moralidade. Ora, o fundamento da moral e do direito não está na dignidade abstrata, senão na plasticidade concreta de nosso cérebro, em nossa margem de manobra, em nossa capacidade de pensar e decidir, de gozar e sofrer. Daí que nenhuma teoria social normativa (ética ou jurídica) coerente deveria admitir termos tão vazios como o de dignidade sem uma base empírica acerca da natureza humana, sob pena de converter-se em uma cerimônia da confusão revestida de um esquema teórico abstrato, vazio e meramente formal. Para uma apreciação acerca do possível conteúdo da “dignidade humana”, ver Atahualpa Fernandez, 2002, 2005 e 2006.

11. Note-se que reconhecer a natureza humana não somente é compatível com o progresso social e moral mas também pode ajudar a explicar o óbvio avanço ocorrido no decorrer de milênios. Costumes que foram comuns ao longo de toda a história e pré-história – escravidão, punição com mutilação, execução pela tortura, genocídio por conveniência, rixas intermináveis entre famílias, morte sumária de estranhos, estupro como despojos de guerra, infanticídio como forma de controle de natalidade e posse legal de mulheres – desapareceram em vastas porções do mundo. O filósofo Peter Singer (1981) mostrou que o progresso moral contínuo pode emergir de um senso moral fixo. Suponhamos que somos dotados de uma consciência que trata outras pessoas como alvos de solidariedade e nos inibe de explorá-las ou prejudicá-las. Suponhamos, também, que temos um mecanismo para avaliar se um ser vivo se classifica como pessoa. Pinker (2002), citando a Singer, sugere a seguinte explicação para o progresso moral: as pessoas expandiram constantemente a linha pontilhada mental que abrange as entidades consideradas dignas de consideração moral. O círculo foi sendo ampliado, da família e da aldeia para o clã, a tribo, o país, a raça e, mais recentemente (como na Declaração Universal dos Direitos Humanos), para toda a humanidade. Foi se afrouxando, da realeza, aristocracia e senhores de terra até abranger todos os homens. Cresceu, passando da inclusão apenas de homens à inclusão de mulheres, crianças e recém-nascidos. Avançou lentamente até abranger criminosos, prisioneiros de guerra, civis inimigos, os moribundos e os mentalmente deficientes. E as possibilidades do progresso moral não terminaram. Atualmente, há quem deseje ampliar o círculo para incluir os macacos antropóides, as criaturas de sangue quente e os animais com sistema nervoso central. Alguns querem incluir zigotos, blastócitos, fetos e as pessoas com morte cerebral. Outros ainda pretendem abranger espécies,

ecossistemas ou todo o planeta. Essa mudança arrebatadora nas sensibilidades, a força propulsora na história moral de nossa espécie [...] poderia ter surgido de um mecanismo moral contendo um único botão ou cursor que ajustasse o tamanho do círculo abrangendo as entidades cujos interesses tratamos como comparáveis aos nossos. A expansão do círculo moral não tem que ser movida por algum impulso misterioso de bondade. As sociedades humanas, como os seres vivos, tornaram-se mais complexas e cooperativas com o passar do tempo, não por possuir uma mentalidade cívica inerente, mas porque se beneficiaram da cooperação mútua, da divisão do trabalho e desenvolveram modos de abafar conflitos entre os agentes que compõem o sistema. Dito de outro modo, isso ocorre porque os humanos beneficiam-se quando se agrupam e se especializam na busca de seus interesses comuns, contanto que resolvam os problemas da troca de informações, da falta de reciprocidade nos vínculos sociais relacionais e da punição dos trapaceiros. Jogos de soma não-zero (contrário de um jogo de soma zero, no qual o ganho de um jogador implica perda para o outro) surgem não somente da capacidade das pessoas de ajudar umas às outras mas de sua capacidade de abster-se de prejudicar uma às outras. Em muitas disputas, ambos os lados saem ganhando ao dividir o que foi poupado graças a não ter lutado. Isso fornece um incentivo para desenvolver mecanismos de resolução de conflitos, como o direito, medidas para salvar as aparências, restituição e retribuição reguladas e códigos legais. Franz de Waal afirmou que rudimentos de resolução de conflitos podem ser encontrados em muitas espécies primatas. As formas humanas são encontradas em todas as culturas, tão universais quanto os conflitos de interesses que elas se destinam a dissipar (pessoas de todas as culturas distinguem o certo do errado, têm um senso do que é justo, ajudam umas às outras, impõem direitos e obrigações, acreditam que os agravos têm de ser compensados e condenam o estupro, o assassinato e certos tipos de violência). Assim que há razões para crer que um senso moral evoluiu em nossa espécie em vez de precisar ser deduzida da estaca zero por cada um de nós depois de sairmos da lama. A evolução nos dotou de um senso moral, cuja esfera de aplicação nós expandimos no decorrer da história por meio da razão (entendendo a permutabilidade lógica entre nossos interesses e os das outras pessoas), do conhecimento (aprendendo as vantagens da cooperação no longo prazo) e da compreensão (passando por experiências que nos permitem sentir a dor de outras pessoas). Por conseguinte, parece razoável supor que o progresso moral e social pode ter avançado gradualmente, não a despeito de uma natureza humana fixa, mas graças a ela. (Pinker, 2002).