

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

*Volume 10, Número 1
Abril/Setembro 2017*

*CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL
DA 2ª REGIÃO - EMARF*



**CADERNOS
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

<http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/>



FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 10, Número 1
abr./set.2017

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 10, n. 1 (abr./set.2017). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

Disponível em: <<http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/>>

ISSN 1982-8977

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Filosofia Jurídica. I. Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região)

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretora de Cursos e Pesquisas

Desembargadora Federal Simone Schreiber

EQUIPE DA EMARF

Regina Elizabeth Tavares Marçal - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Flávia Munic Medeiros Pereira

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Marta Geovana de Oliveira

Thereza Helena Perbeils Marchon

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Soraya Bassini Chamun

Rayane Ferreira Machado Daher

Expediente

Conselho Editorial

Aquiles Côrtes Guimarães - Presidente *in memoriam*

Alberto Nogueira

Américo Augusto Nogueira Vieira

André Ricardo Cruz Fontes

Augusto Guilherme Diefenthaeler

Aylton Barbieri Durão

Cleyson de Moraes Mello

Emanuel Carneiro Leão

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Fernando Augusto da Rocha Rodrigues

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

João Otávio de Noronha

Jorge Luis Fortes da Câmara

José Antonio Lisboa Neiva

José Ferreira Neves Neto

Luiz Antonio Soares

Marcus Abraham

Marcus Vinicius Machado

Reis Friede

Ricardos Almagro Vitoriano Cunha

Comissão editorial

Aquiles Côrtes Guimarães *in memoriam*

Ana Cláudia Estrela

Adriana Santos Imbrosio

Eduardo Galvão de Andréa Ferreira

Getúlio Nascimento Braga Júnior

Maria Lucia Gyrão

Nathalie Barbosa de la Cadena

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - COPGRA/ACOI

Tiragem

800 exemplares

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal ANDRÉ R. C. FONTES

Vice-Presidente:

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO
Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	13
FILOSOFIA DE HUSSERL E A SUA CONTRIBUIÇÃO NA OBRA DE MEINONG	15
<i>André R. C. Fontes</i>	
O ENVELHECIMENTO COM DIGNIDADE: APLICAÇÃO DAS TEORIAS FILOSÓFICAS DE IMMANUEL KANT, MIGUEL REALE, MARTIN HEIDEGGER E PAUL RICOEUR.....	19
<i>Armenia Cristina Dias Leonardi</i>	
A REFLEXÃO DE BRENTANO SOBRE O BEM E A JUSTIÇA	37
<i>Bruno Amaro Lacerda</i>	
POLITICIZING SKEPTICISM – AGONAL THOUGHT FOR DEMOCRACY	47
<i>Daniel Nunes Pereira e Lucas Pinheiro Garcia</i>	
COOPERATIVAS E MADALENAS.....	63
<i>Guilherme Krueger</i>	
HERMENÊUTICA, DIREITO E DEMOCRACIA	107
<i>João Alves Bastos</i>	
POR UM PLURALISMO METODOLÓGICO NO DIREITO: BREVES ESCLARECIMENTOS SOBRE OS MÉTODOS DA ENTREVISTA E DA ETNOGRAFIA DA DOUTRINA.....	125
<i>Maria Carolina Rodrigues Freitas e Maria-Maria Martins Silva Stancati</i>	
TRABALHO E DIGNIDADE HUMANA PARA EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL	145
<i>Reis Friede, Andréa Maria Silva de Assis e Flávio Humberto Pascarelli Lopes</i>	

AQUILES CÔRTEZ GUIMARÃES E A FENOMENOLOGIA JURÍDICA NO BRASIL.....	153
<i>Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha</i>	
ÉTICA, DIREITO E CULTURA NA PÓS-MODERNIDADE.....	171
<i>Vanderlei Martins</i>	

APRESENTAÇÃO

Neste volume se reuniram artigos que já não exprimem o pensamento que ditou a revista Fenomenologia e Direito ou mesmo o fim que a sua publicação visou. O tufão devastador que nos roubou a pessoa do criador da revista, o Professor Aquiles Côrtes Guimarães, cuja morte, no ano passado, 2016, a falar a verdade, pôs fim ao mais fulgurante fenomenólogo do País, levou consigo o estímulo dos que estiveram sob a influência de suas ideias.

A ocasião que nos oferece uma segunda publicação, após a morte do criador deste veículo, impõe assinalar que, constituiu motivo de regozijo para os que hospedam a revista, a proximidade e a convivência de uma personalidade extraordinária que, sabidamente, nunca mais se encontrará ou terá correspondência mesmo entre os pensadores mais prestigiosos da atualidade.

Seja-nos ainda permitido acrescentar que uma palavra sobre a gênese desta obra: a de que ela se distingue de quaisquer outras publicações principalmente por seu desprendimento formal e da liberdade de seus autores dizerem exatamente o que pensam sem as inumeráveis e prolixas citações aos quais têm que subministrar a todo momento argumentos para as teses expostas.

A revista se propõe a informar. E se informar não é possível sem primeiro adotar um ponto de vista, o manuseio destes textos será proveitoso aos leitores - esse é o traço original da obra que Aquiles Côrtes Guimarães apontou para os seus discípulos. Se ela suscitar no leitor o gosto de estudar em pormenor a Filosofia, terá alcançado seu objetivo, tal como preconizou o mestre.

Rio de Janeiro, 5 de junho de 2017.

André R. C. Fontes
Desembargador do TRF-2

FILOSOFIA DE HUSSERL E A SUA CONTRIBUIÇÃO NA OBRA DE MEINONG

*André R. C. Fontes**

Os estudos de Husserl estimularam a reflexão filosófica de muitos filósofos reputados originais e cujo pensamento se reconhece, com ofuscante nitidez, um manifesto desenvolvimento dos textos husserlianos, seja pela sua elaboração contemporânea, seja por uma construção sucessiva. Sob essa perspectiva, podem-se classificar esses filósofos em dois grupos: (1) os que aceitaram de Husserl as suas bases fundamentais, buscando, todavia, dar um cariz realista ao ser que se manifestava; e (2) os que dela utilizaram, sobretudo, os aspectos metodológicos da indagação filosófica, sem atribuir qualquer vínculo ao seu trabalho.¹

Dentre os pensadores do primeiro grupo, que reconheceram a obra de Husserl contemporaneamente, encontra-se Scheler e, posteriormente, Heidegger.² Alexius Meinong, cuja obra mais conhecida é a sua *Teoria dos Objetos*,

* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ, Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Uni-Rio e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

¹ Mauro antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagorica Editrice, 1996. p. 87.

² O primeiro contemporâneo de Husserl e o segundo assistente e discípulo, embora o primeiro tenha se propendido para a valoração e o segundo para existência ontológica negado por ele próprio, mas que Husserl ao menos não reconhecia como Fenomenologia. Nesse sentido de cunho antropológico Ser e Tempo cf. e recusou-se a compartilhar o verbete com Husserl sobre Fenomenologia na Enciclopédia Britânica. Cf.

empreendeu um retorno a Brentano, mas também um desenvolvimento dos trabalhos de Husserl³ e parece pertencer ao segundo grupo.⁴

Ao sustentar que *conhecer* significa conhecer um *objeto*, é visível a intenção de Meinong de restabelecer a mais característica perspectiva husserliana: a redução eidética. É a transcendência para um *objeto em minha consciência*, que não tem só nos atos propriamente cognoscitivos, como as representações e juízo, a sua manifestação, mas, também, naqueles considerados não cognoscitivos, como o desejo, a vontade, o sentimento, dentre outros. É relevante salientar que desenvolver uma *Teoria dos Objetos* enquanto tal não significaria um retorno clássico à Metafísica. Não disse Meinong porque a Metafísica é uma *ciência dos objetos existentes, enquanto objetos*; mas eles não se exaurem no campo dos objetos conhecidos, campo que compreende também *objetos ideais*, como são exemplos os números e as relações lógicas. É certo que os objetos ideais também subsistem na realidade, porque, a exemplo das coisas, são numeráveis; mas não existem, quanto não é dado individuar, por exemplo, um número como realidade. E de outro lado, o número, para continuar com o exemplo, subsiste também entre objetos não reais, porque, de fato, é possível numerar as coisas que eu mesmo imagino. É razoável, então, conceber a *teoria de todos os objetos possíveis enquanto objetos*.⁵

O pensamento de Meinong, em sua *Teoria dos Objetos*, é estabelecido a partir de nítidas bases do que se poderia chamar de uma *atitude fenomenológica* e, máxime, análogas à fenomenologia husserliana. Ele parte do princípio de que não se pode conhecer sem compreender algo, o que na vivência se me apresenta como um objeto, não somente no ato intelectual, mas, também no volitivo.⁶ Essa premissa se apresenta de forma nitidamente fenomenológico-husserliana, o que estabelece identidade entre a obra dos dois pensadores.⁷ Necessita-se, pois, de uma *teoria dos objetos enquanto*

Roberta Lanfredini, *Husserl La teoria dell'intenzionalità*, Roma-Bari: Laterza, 1994. p. 55.

³ Objetos (Meinong) e fenômeno (Husserl) são sob certo aspecto a mesma manifestação e com a orientação epistemológica comum e derivada de Brentano porque ambos construíram o aspecto objetivo de uma atitude que será percebido. Cf. Michele Lenoci, *Autocoscienza Valori Storicità Studi su Meinong*, Scheler, Heidegger, Milão: Franco Angelli, 1992. p. 51.

⁴ Mauro antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagorica Editrice, 1996. p. 87.

⁵ Francesca Modenato, *La conoscenza e l'oggetto in Aliux Meinong*, Pádua: Il Poligrafo, 2006. p. 88..

⁶ *Idem*.

⁷ O que certamente pode concluído pela contribuição de Brentano nos estudos de Cf. Mauro antonelli,

objetos, que é a Metafísica, e que deverá tratar não só dos objetos existentes - são esses apenas uma parte do campo objetal -, mas, também, dos ideais. Como se vê, Husserl, em sua verdadeira atitude fenomenológica sobre os objetos, leva Meinong, mediante a análise da função tética e a sintética, a rechaçar todo o Psicologismo, pois Meinong manifestou-se contra o *idealismo transcendental* de Husserl e desenvolveu um *realismo transcendente*,⁸ uma vez que é inegável, ao longo de toda a exposição, que a referência de Husserl é o sujeito (consciente) e de Meinong é a consciência.⁹

Em uma outra perspectiva, pode-se falar em desdobramento evolutivo autônomo, mas coincidente entre os trabalhos de Brentano, algo como o que se convencionou intitular na Biologia de *evolução convergente* ou *convergência evolutiva*.¹⁰ Deve-se ter em mente, entretanto que, o movimento fenomenológico teve, desde o seu início, mais reconhecimento e adeptos, e sua divulgação suplantou os limites das universidades alemãs, e chegou mesmo até o Japão, já nos primeiros anos do lançamento dos trabalhos de Husserl.¹¹

Husserl (1859-1938) e Meinong (1853-1920) eram contemporâneos e a divulgação dos trabalhos de Husserl não passou despercebida de Meinong. Além disso, o fato de Brentano ter rechaçado as teorias de Husserl permitiu a Meinong delas tomar conhecimento.¹² O caminho para um aproveitamento de idéias e conclusões se fez possível não apenas *in potentia*, pois o ambiente acadêmico e universitário era inegavelmente comum e, com isso, toda informação de fato circulava, embora não se conheça bem a extensão de toda comunicação direta e contraditória entre Meinong e Husserl. Deve-se ressaltar que todos esses fatos não evitaram o reconhecimento geral de que a intencionalidade da consciência era algo comum aos dois discípulos de Brentano,¹³ e ela os uniu especialmente quanto aos atos da consciência,

Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano, Bolonha: Pitagorica Editrice, 1996. p. 80.

⁸ A comparação mais imediata do idealismo e realismo foi extraída da Adjukiewicz, *op. cit.* p. 42. Quanto à distinção idealista de Husserl e realista de Meinong sem a correspondência biunívoca transcendente, Cf. Sokolowski, *op. cit.*

⁹ Francesca Modenato, *La conoscenza e l'oggetto in Aliux Meinong*, Pádua: Il Poligrafo, 2006. p. 75.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Cf. Bochenki.

¹² Michele Lenoci, *Autocoscienza Valori Storicità Studi su Meinong, Scheler, Heidegger*, Milão: Franco Angelli, 1992. p. 55.

¹³ Era, em verdade, comum a todos os discípulos filósofos de Brentano. Cf. Mauro antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagorica Editrice, 1996. p. 870.

embora não tenha impedido a distância relativa sobre o entendimento de ambos com relação ao modo ao modo como esses objetos são percebidos pela consciência.¹⁴

O discurso de Meinong prossegue e é oportuno recordar que o filósofo sublinhou o aspecto realístico do *objeto na intencionalidade* da qual falava Husserl. Ele pôs em primeiro plano o *objeto* e deslocou para o segundo o sujeito do *ato intencional*. Isso significou que, mesmo ao conservar os temas de fundo de Husserl em seu trabalho, ele, Meinong, deslocou o ponto de observação, o que, por conseguinte, leva à conclusão de que esse deslocamento implicaria, necessariamente, em outra perspectiva. Pode-se dizer que, de certo modo, Meinong adotou uma perspectiva mais realista que Husserl.¹⁵

¹⁴ Nesse sentido Sokolwiski. Cf. Ainda Abbagnano que disse que intencionalidade Husserl quanto a teoria realista importante. *Op. cit.*

¹⁵ Ousada observação de Sokolwiski que repetimos para ilustração do trabalho. *op. cit.*

O ENVELHECIMENTO COM DIGNIDADE: APLICAÇÃO DAS TEORIAS FILOSÓFICAS DE IMMANUEL KANT, MIGUEL REALE, MARTIN HEIDEGGER E PAUL RICOEUR

*Armenia Cristina Dias Leonardi - Mestre em Direito pela
Universidade Católica de Petrópolis*

Resumo: O presente estudo será realizado com base na análise da trajetória social de amparo à pessoa idosa com base, principalmente, nas teorias filosóficas de Immanuel Kant, Martin Heidegger, Paul Ricoeur e Miguel Reale. O objetivo do trabalho é analisar a situação do idoso socialmente excluído com base na filosofia, em especial o abandono afetivo, com a prática da solicitude, cujo exercício não é possível sem afeto ao semelhante, que somente pode ser construída e absorvida mediante a experiência e conhecimento externos adquiridos pelo indivíduo e a participação social. O ser humano é um fim em si mesmo e não um meio para atingir e justificar atitudes e reações sociais com o julgamento prévio de seu semelhante. O ser humano é capaz de entender as atitudes de seu semelhante a partir do seu autoconhecimento, da construção da sua identidade, e, conseqüentemente, a compreensão da necessidade universal de afeto e fraternidade.

Palavras-chave: dignidade humana – envelhecimento - igualdade

Abstract: The present study will be carried out based on the analysis of the social trajectory of protection for the elderly, mainly based on the philosophical theories of Immanuel Kant, Martin Heidegger, Paul Ricoeur and Miguel Reale. The objective of this work is to analyze the situation of the socially excluded elderly person based

on philosophy, especially affective abandonment, with the practice of solicitude, whose exercise is not possible without affection for the like, which can only be built and absorbed through experience and Knowledge acquired by the individual and social participation. The human being is an end in itself and not a means to attain and to justify attitudes and social reactions with the previous judgment of its like. The human being is able to understand the attitudes of his or her self from their self-knowledge, from the construction of their identity, and, consequently, from the universal need for affection and fraternity.

Keywords: human dignity - aging - equality

INTRODUÇÃO

O presente estudo será realizado com base na teoria de Immanuel Kant e a teoria do mínimo ético de Miguel Reale para analisar a dignidade do envelhecimento do ser humano na sociedade brasileira atual e como atingir equilíbrio, igualdade e reconhecimento dos “Direitos da Velhice”, considerando o entendimento de Martin Heidegger e Paul Ricoeur de que o homem não é apenas um ser racional, mas é essência assinalada pelo tempo e deve encontrar-se com “seu eu” – “ser em si” - para melhor compreender “o outro” como seu semelhante, atingindo a alteridade e a solicitude para garantir um envelhecimento digno à população.

A pesquisa analisará que condição humana somente consegue entender as atitudes de seu semelhante e ser solidário a partir do seu autoconhecimento, citando, o imperativo categórico de Immanuel Kant, as teorias de reconhecimento do “si mesmo como o outro” de Paul Ricoeur e o alcance da identidade através da experiência, o existencialismo de Martin Heidegger.

O objetivo do trabalho é alertar para a nefasta exclusão social do idoso e conscientizar nossa sociedade a olhá-lo para entender suas atitudes e fragilidades acarretadas pela longevidade e, principalmente, ressaltar a importância do amor, atenção e afeto, elementos fundamentais para a saúde física e mental do idoso e elementos da dignidade da pessoa humana.

Os idosos sempre são a última preocupação do Estado e da sociedade durante todo o percurso da história, até mesmo para questões bibliográficas os idosos estão em desvantagem, pois as obras literárias são escassas.

A necessidade de educação e conscientização da sociedade e ações do Estado para amparar os idosos e evitar a exclusão. A dificuldade de aceitar as pessoas que não estão no “padrão” social, neste caso, os idosos, que são tratados como indivíduos “sem utilidade” e um peso na vida de muitas famílias e da sociedade vem da ausência do conhecimento de si mesmo e a percepção de seu reflexo em seu semelhante.

2 – A RELAÇÃO ENTRE O IMPERATIVO CATEGÓRICO DE IMMANUEL KANT E O RECONHECIMENTO DE SI MESMO E DO DE SEU SEMELHANTE DE MARTIN HEIDEGGER E PAUL RICOEUR

Immanuel Kant afirma que o ser humano não é um meio e sim um fim em si mesmo, e os idosos sempre foram utilizados como um meio pela sociedade e familiares, enquanto seres humanos produtivos.

Martin Heidegger estuda a essência do ser humano tecendo as significações e definições da estrutura fundamental do indivíduo e esta essência é construída através de suas experiências intramundanas, sendo que o mundo é formado mediante a interação de todos os indivíduos nele existentes. Assim, as experiências formadoras do “ser” dependem do “outro” e do “mundo”, da interação com seu semelhante.

Partindo de si mesmo o ser humano poderá compreender os fatos da vida, do mundo, das ações e reações dos outros indivíduos integrantes da sociedade e essas experiências serão adquiridas durante a sua vivência e contato com o mundo. O profundo reconhecimento de si mesmo favorece um grupo social mais igualitário e justo. (HEIDEGGER, 1988, p.170).

A sociedade atual não vive com equidade, então, para o equilíbrio social, esta equivalência deve ser atingida. Para que isso aconteça, é essencial que o indivíduo conheça a si mesmo para, conseqüentemente, reconhecer sua posição na sociedade e assim possibilitar a verdadeira igualdade de direitos e deveres em relação ao seu semelhante, atingir a alteridade e a solicitude para entender que *“tua vida vale tanto quanto a minha*, segundo Paul Ricoeur, (SALLES, Sérgio) e dedicar carinho, amor, atenção e gratidão em relação aos nossos “velhos”, segundo Paul Ricoeur.

Para uma sociedade igualitária e solidária no tocante aos idosos devem ser consideradas, principalmente, as condições das famílias e o preparo para ampará-los com amor e atenção.

3 – A ÉTICA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para a coexistência humana é necessária uma sociedade igualitária e livre de exclusões, devendo ser consideradas pelo Estado e pela sociedade, principalmente, as condições das famílias, das crianças, adolescentes e, como objeto deste estudo, os idosos que as integram. Os direitos humanos possuem como objetivo a proteção da sociedade e das minorias dos possíveis excessos cometidos pelo Estado e pela própria sociedade, através da integração indissociável entre dignidade humana, liberdade e igualdade.

Os Direitos Humanos têm a ver com a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades do exercício do poder, principalmente, do poder do Estado. O sistema jurídico tem por objetivo principal assegurar da liberdade do indivíduo diante da ameaça constante de sua negação. A liberdade torna-se assim no conceito fundador dos Direitos Humanos, da liberdade política e de todos os direitos que asseguram ao homem o pleno exercício da vida política. Uma leitura dos direitos humanos sob a perspectiva da sociedade também pressupõe o exercício da liberdade. Isto porque a igualdade entre os homens e somente poderá ser logicamente compreendida se for realizada em liberdade. A igualdade, portanto, representa uma condição para a concretização da liberdade. Logo, os direitos humanos representam a garantia de que a sociedade, constituída de iguais, que permitem as relações entre si, e também o “ego”, do indivíduo, possibilita a junção desses dois espaços jurídicos. (BARRETO, p. 66, 2013).

A dignidade humana é o pilar dos Direitos Humanos, uma vez que não podem ser dissociados para que seja garantidas a liberdade e a igualdade, precedente aos direitos humanos, ou seja, a proteção dos indivíduos das arbitrariedades do próprio Estado: “A dignidade humana encontra-se na ordem daquilo que não é demonstrável, mas que existe como pré-condição”. (BARRETO, p. 67, 2013)

A desigualdade produz a exclusão social e revela a ausência de elementos fundamentais à sobrevivência digna: o afeto e o amor, com isso,

estimulam a humilhação, o menosprezo em qualquer fase da vida humana, produzindo efeitos mais devastadores para as pessoas que estão no fim de sua jornada: os idosos.

As tensões psicológicas e sociais podem apressar as deteriorações associadas ao processo de envelhecimento. Percebe-se no indivíduo que envelhece uma interação maior entre os estados psicológicos e sociais refletidos na sua adaptação às mudanças. A habilidade pessoal de se envolver, de encontrar significado para viver, provavelmente influencia as transformações biológicas e de saúde que ocorrem no tempo da velhice. Assim, o envelhecimento é decisivamente afetado pelo estado de espírito, muito embora dele não dependa para se processar. (MENDES, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ape/v18n4/a11v18n4.pdf> - pesquisado em)

As necessidades básicas dos idosos não podem ser resumidas ao plano físico, por ser o plano emocional extremamente relevante, e neste ponto situa-se a problemática da pesquisa. Indubitavelmente, o ordenamento jurídico pode estabelecer regras de amparo ao idoso com a garantia de suas necessidades físicas básicas e as penalizações em caso de maus tratos, por exemplo, primeiramente devendo ser cumpridas pela família, em seguida pelo Estado e pela sociedade, porém, o afeto e o amor são elementos subjetivos e imprescindíveis que não podem ser impostos por lei, mas estão implicitamente previstos nos artigos 3, VII e VIII e 4, do Estatuto do Idoso.

A questão da desassistência familiar é o fato que mais afeta o aspecto emocional dos idosos e abrevia suas vidas. Os idosos têm a necessidade de se sentirem importantes na vida daqueles que fizeram parte de sua existência. Destaca-se, neste sentido, a citação extraída do site do Abrigo Cristo Redentor, localizado em São Gonçalo, no Rio de Janeiro.

Um pai cuida de dez filhos, mas dez filhos não cuidam de um pai! Quando a idade chega, junto com ela os problemas de convivência na família, como também, a necessidade de cuidado integral e atencioso, para essas pessoas existem poucas esperanças, muitas vezes apenas resta à proteção divina ou a ajuda das pessoas muito especiais com nobres sentimentos de caridade e solidariedade humana. (<http://www.abrigodocristoredentor.com.br/index.php> - consultado em 13 de maio de 2016).

A busca por uma sociedade ética não deve excluir as pessoas idosas e

está intrinsecamente vinculada às atitudes da sociedade e aos aplicadores das medidas necessárias ao aprimoramento social como o princípio filosófico da solicitude, que nasce a partir do conhecimento de si mesmo.

A partir do conhecimento e reconhecimento de sua existência e da construção de sua identidade é que o ser humano passa a reconhecer no “outro” as suas próprias semelhanças, defeitos e qualidades, e, conseqüentemente, passa a ver no “outro” o “si mesmo” e, conseqüentemente, desenvolve a solicitude, a solidariedade. A solicitude é o desvelo, empenho, cuidado e preocupação de um indivíduo em relação ao “outro”, contagiado por boa vontade e consciente da necessidade de amor ao próximo. (RICOEUR, p. 2012)

A análise do ser e do ambiente em que transcorre sua história possibilita a busca da “verdade”, pois, para Heidegger (1988, p. 164), o “*ser no mundo*” está diretamente relacionado com seu “*ser em si mesmo*”.

A análise da mundanidade do mundo fez aparecer continuamente a totalidade do fenômeno ser-no-mundo sem que todos os momentos constitutivos obtivessem a mesma clareza fenomenal que o próprio fenômeno do mundo. A interpretação ontológica do mundo foi privilegiada através de uma análise do manual intramundano porque, sendo em sua cotidianidade tema constante, a presença não apenas é e está num mundo, mas também se relaciona com o mundo segundo um modo de ser predominante. (HEIDEGGER, p. 94, 1988)

Neste sentido, o ser encontra seu vínculo com o mundo, nasce dos fatos e modos de cada indivíduo e do papel que exerce na sociedade. A “verdade” somente será possível com base na localização do “*ser-no-mundo*” e através da “verdade” será possível uma justiça igualitária e efetiva, fundamental para o reconhecimento de seu semelhante, principalmente, no presente estudo, em relação aos idosos. Os idosos, como qualquer outro indivíduo, somente serão considerados igualmente a partir do momento em que forem vistos por todos os membros da sociedade como “*ser no mundo*”. (HEIDEGGER, p. 94, 1988).

A “ética” também é elemento fundamental ao ser humano para tratar seu semelhante como a si mesmo. Immanuel Kant relaciona a “ética” a “boa vontade” e à “moralidade” do indivíduo, para entender o “valor ético por trás dos atos de boa vontade”, e conseqüentemente, as ações humanas baseadas em seus valores éticos, movidos por seus desejos mais essenciais e primitivos,

que devem ser controlados pela razão, que uma vez inerente ao ser humano, deve ser o controle de suas emoções e ações. (BUNNIN e JAMES, 2013)

A partir da ética e das ações controladas pela razão, o ser humano deve agir em relação ao seu semelhante com amor e afeto, principalmente, em relação aos idosos mais carentes destes sentimentos nesta fase da vida. O amor e o afeto são consequências da ação humana controlada pela razão, com base na teoria de Kant, e eticamente adotada para orientar as relações humanas: “*neste mundo, e até mesmo fora dele, nada é possível pensar que se possa considerar bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade.*” (BUNNIN e JAMES)

E como diz o próprio Kant, “o único objetivo é investigar e estabelecer o supremo princípio da moralidade”. O objetivo de Kant, em outros termos, é identificar e defender o princípio moral ou lei mais fundamental que determine diretamente o valor ético por trás dos atos da vontade e, em consequência, determine indiretamente todos os outros valores morais sem exceção. Ele chama esse princípio supremo da moralidade de imperativo categórico. (BUNNIN e JAMES, p. 792, 2013)

O estabelecimento de uma relação entre a importância da identidade do ser humano e os Direitos Humanos das pessoas idosas é fundamental para atingir a igualdade e a solidariedade em seu sentido pleno. Não há possibilidade de estabelecer igualdade e solidariedade sem a consideração e o respeito do ser humano pelo “outro” e esse respeito não será atingido se não houver “amor” inicialmente por “si mesmo” e, conseqüentemente, por seu semelhante, exercido através da solidariedade, mesmo que movida apenas pela razão controladora dos sentimentos bons ou maus.

James Rachels afirma que requisito da imparcialidade está moralmente presente no princípio da igualdade, visto que os interesses dos indivíduos devem ser analisados de forma imparcial:

O requisito da imparcialidade. Praticamente todas as teorias morais importantes incluem a ideia de imparcialidade. A ideia básica consiste em considerar os interesses de cada indivíduo como igualmente importantes; do ponto de vista moral, não há pessoas privilegiadas. Portanto, cada um de nós tem de reconhecer que o bem estar dos outros é tão importante como o nosso. (RACHELS, p. 19, 2003)

A compreensão da essência do seu próprio “ser” é fundamental para que

o indivíduo aceite o “outro” como seu semelhante e também seja aceito pelo grupo social. O conhecimento de si mesmo é propiciado pela construção da própria identidade e, conseqüentemente, pela solicitude, ou seja, o amor ao próximo. O indivíduo passa a ser responsável, mediante suas ações, por aquelas pessoas que estão sob seu resguardo e seu semelhante (RICOEUR, p. 34, 2008).

O amor e o afeto são, sem dúvida, elementos indispensáveis à vida, porém, não é possível a interferência do estado através da coerção nos sentimentos dos indivíduos e para analisar esta questão é fundamental abordar a “Teoria do Mínimo Ético”, de Miguel Reale (p. 38, 2001), em que disserta sobre a distinção entre moral e direito.

4 – A TEORIA DO MÍNIMO ÉTICO DE MIGUEL REALE

A Teoria do Mínimo Ético estabelece a moral como fenômeno que abrange o direito “*através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da moral, e o menor o do direito.*” (REALE, p. 39, 2001)

O Estado pode impor regras referentes às atitudes humanas, de acordo com a moral estabelecida pela sociedade, por fazerem parte da “*ordenação cabível da conduta humana.*”, mas não pode interferir no sentimento do ser humano, elemento moral sem poder coercitivo, mas intrínseco da consciência humana. (REALE, p.44, 2001)

O amor, o afeto e a necessidade de dedicar atenção aos idosos para um envelhecimento com dignidade não pode ser imposto ao indivíduo pelo Estado através da coação pelo Direito no sentido de autêntico sentimento de envolvimento, afeição, ternura, estima espontânea e essencialmente humanas, porém, o Direito pode garantir o “mínimo ético”, isto é, a base moral coletiva para assegurar a ordem social, mas partindo do imperativo categórico de Immanuel Kant, a imposição do amor aos idosos vem através deste mesmo “mínimo ético”, do “dever pelo dever” que é estabelecido pelo Estado por meio do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que origina os demais diplomas legais, a Política Nacional do Idoso. (REALE, p. 41, 2001)

A partir do momento em que o indivíduo que tem sob seu resguardo a proteção de um idoso, a sua razão deve orientar seus desejos e sentimentos

no sentido de que o “amor” e o “afeto” obviamente são imprescindíveis aos idosos, como é para qualquer ser humano de qualquer idade, portanto, a razão deve orientar o desejo e a vontade humana de modo que o idoso seja tratado por quem possui o dever de sua proteção com o mínimo de amor, atenção e dignidade, mesmo que por “dever” consagrado pela máxima da lei universal de Kant.

Não contendo imperativo (categórico), além da lei, senão a necessidade da máxima que manda conformar-se a esta lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei geral à qual a máxima da ação deve ser conforme (...) (KANT, p. 11, 2011)

A moral integra o campo da espontaneidade; é a consciência do ser humano que atua conforme a sua virtude, carente do elemento coação. O Direito é coercitivo para fazer cumprir as regras sociais morais, podendo ditar normas conforme a moral social ou normas que não estejam de acordo com a moral social, mas são necessárias para imposição da ordem. (REALE, p.41, 2001).

Vale citar o exemplo de Miguel Reale (2001) quando afirma que a lei estabelece a possibilidade de propositura de ação de alimentos pelos pais em face do filho, mas não pode impor a consciência moral do filho para prestar também assistência psicológica, atenção, amor e afeto aos pais idosos, pois este sentimento integra a alma humana e a moral, que não possui caráter coercitivo. O filho cumpre o dever jurídico de prestar alimentos, mas sem a consciência moral de gratidão e amor aos pais: “a moral é incompatível com a coação”. (REALE, p.43, 2001)

Considerando que a moral é a consciência de cada indivíduo, incompatível com a coação, e seus sentimentos não podem ser diretamente tutelados pelo direito, a ideia de reverter o cenário histórico de exclusão e desprezo aos idosos, considerando que esta realidade advém da ultrapassada cultura e o vagaroso desenvolvimento social em nosso país, compreende-se que as ações de esclarecimento à sociedade sobre os problemas físicos e psicológicos causados pela velhice, nos moldes das ideias iluministas, humanistas, trazidas da França pelo Conde de Resende, apresentadas no primeiro capítulo, continuam atuais.

O direito não pode impor ao indivíduo o “sentimento de amar” ao

próximo, mas em relação à família dos idosos, à sociedade, aos agentes do Estado, às organizações não governamentais (ONG) e instituições asilares, para os indivíduos designados a cuidar destas pessoas, há o “agir moral” da teoria do imperativo categórico de Kant, “age moralmente” (HOFFE, p.198, 2005).

As pessoas que trabalham diretamente com pessoas idosas ou suas famílias têm o “dever” de cuidar desses idosos com o mínimo de afeto e respeito, pelo menos mediante a irrestrita atuação da razão humana.

É a razão que deve sobrepor-se ao sentimento *sui generis* do ser humano, pois se um indivíduo possui sob sua responsabilidade um idoso, mesmo que o direito não possa ordenar amor, o dever amá-lo integra o tratamento com o mínimo de afeto que faz parte do “agir moral”:

Como imperativo ele é um dever-ser; ele exorta-nos a agir de determinada maneira; e esta exortação – isto expressa o acréscimo do imperativo categórico – é a única que é válida sem nenhuma limitação. Por isso a fórmula do imperativo categórico começa com um sem condições “age...!” (HOFFE, 2005)

Todos os indivíduos que têm a responsabilidade de cuidar, ressaltando a “proteção integral”, no caso do presente estudo de um idoso, possuem a responsabilidade por seus atos e devem cumprir seu dever de cuidado com consciência e boa vontade para não somente cuidar fisicamente, mas doar seu amor e afeto como elementos fundamentais da dignidade humana.

Segundo Immanuel Kant, a ação de promover o contentamento dos “outros”, mesmo caritativamente, trata-se de “ação por dever” e como máxima universal.

Ser caritativo quando se pode sê-lo é um dever, e há além disso muitas almas de disposição tão compassiva que, mesmo sem nenhum outro motivo de vaidade ou interesse, acham íntimo prazer em espalhar alegria à sua volta e se podem alegrar com o contentamento dos outros, enquanto este é obra sua. Eu afirmo porém que neste caso uma tal acção, por conforme ao dever, por amável que ela seja, não tem contudo nenhum verdadeiro valor moral, mas vai emparelhar com outras inclinações, por exemplo o amor das honras que, quando por feliz acaso topa aquilo que efectivamente é de interesse geral e conforme ao dever, é conseqüentemente honroso e merece louvor e estímulo, mas não estima; pois à sua máxima falta o conteúdo moral

que manda que tais acções se pratiquem, não por inclinação, mas por dever. (KANT, p. 28, 2007)

A conscientização social somente será possível por intermédio dos indivíduos conscientes da imprescindibilidade da solidariedade, que são aqueles considerados por Paul Ricoeur como *"sujeitos de capazes", "agentes de suas próprias ações"*, que assumem os efeitos de seus atos e reconhecem as relações interpessoais como inerentes ao ser humano.

Todo homem social interage e interdepende do outro; se torna o outro. O "eu" só existe a partir do contato com seu semelhante e para isso a solidariedade é fundamental, a identificação das boas e más ações. Aquele que é responsável por seus atos *"também é responsável pelos outros na medida em que estes são postos sob seu encargo ou seus cuidados e, eventualmente, bem além dessa medida."* A solicitude será exercida em sua integridade pelo homem capaz, responsável por seus atos, vez que atingiu sua plenitude humana, estabelece uma relação entre a "estima de si" e a "reciprocidade", sempre com o respeito às diferenças. (RICOEUR, p. 34, 2008)

Através da compreensão de seu semelhante, de suas ações e reações produzidas por sua trajetória de vida, o prejulgamento será evitado. As ações do ser humano devem ser julgadas sob a análise de sua motivação e do mundo dos fatos (facticidade) em que está inserido. A trajetória de vida do ser humano está intimamente ligada ao meio em que vive e deve ser considerado para análise e compreensão deste ser. No caso dos idosos, devem ser reconhecidas também as fragilidades da velhice e suas necessidades indissociáveis desta fase da vida. (HEIDEGGER, p. p. 288, 1988)

O conhecer a si mesmo está diretamente relacionado com sua inserção no mundo que ocupa. Sendo esta inserção no mundo elemento fundamental para a compreensão de si, não é possível dissociar o indivíduo do grupo social, o que torna fundamental a compreensão do outro ser humano como seu semelhante e este pensamento de amor ao próximo (HEIDEGGER, p. 288, 1988).

A compreensão e inserção do indivíduo no contexto social após compreender a si mesmo é o que determina o amor ao próximo, e principalmente, ao idoso com sua fragilidade. Quando não é um costume de todas as sociedades, não reflete um instinto integrado à natureza humana e a outras espécies de animais, devendo ser ensinado pelos indivíduos que

já atingiram o desenvolvimento existencial humano para aqueles que ainda buscam seu crescimento, já que os seres humanos agem movidos pela razão, diferentemente dos outros animais que agem por instinto.

Cuidar de pais idosos é uma tradição em algumas sociedades, mas parece não ser um instinto, um impulso que faz parte da natureza humana. Um comportamento instintivo é automático e constante. O instinto materno, por exemplo, é observável em todos os animais: a fêmea zela pelo filhote até que este possa lutar por sua sobrevivência sozinho. Mas, no reino animal, não se verifica o cuidado instintivo com os indivíduos idosos, já que se reproduziram e estão sem forças para ajudar o grupo. (SILVA, p. 28, 2016)

O respeito pelos idosos e aos seus semelhantes deve ser ensinado desde a infância. As crianças que crescem aprendendo a amar e respeitar o próximo e os próprios membros de sua família, aqueles que já envelheceram e aqueles que um envelhecerão, saberão respeitar e amar naturalmente, sem discriminar o “outro” em razão da idade. , e neste sentido, bem como a propagação da memória existencial dos idosos, ao transmitir às novas gerações toda a sabedoria e conhecimento adquiridos através de seu “*ser no tempo*” pode ser associada à teoria existencialista de Martin Heidegger.

A teoria de Nietzsche (p.22, 2015) questiona e afirma que o amor é a compreensão do “outro” como seu semelhante, e que este semelhante pode viver de forma diferente. Trata-se da compreensão do “outro” como um ser que vive, age, sente de maneira diversa e é feliz ao seu modo, tendo o direito de viver livre de preconceitos, o que justifica a inadmissibilidade do preconceito social contra o idoso.

O que é o amor, senão compreender que um outro viva, aja e sinta de maneira diversa e oposta da nossa, e alegrar-se com isso? Para superar os contrastes mediante a alegria, o amor não pode suprimi-los ou negá-los. Até o amor por si mesmo tem por pressuposto a irreduzível dualidade (ou pluralidade) numa única pessoa. (NIETZSCHE, p. 23, 2015)

O idoso deve ser compreendido como o ser humano que atingiu o ápice de sua individualidade em uma fase da vida em que deve pensar em si mesmo e ser livre e feliz à sua maneira, mesmo com atitudes consideradas excêntricas, não pode ser alvo de preconceito etário. (KARPF, p. 86, 2014)

Segundo Kant, o indivíduo que reconhecer algo como lei para ele

mesmo, reconhece a “aquilo que eu reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço como um sentimento de respeito que não significa senão a subordinação da minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influências sobre a minha sensibilidade.” (KANT, p. 33, 2011)

Ainda nos dias atuais, o idoso é tratado como um ser humano infantilizado, entretanto, o envelhecimento não transforma o interior do ser humano, sua identidade não é modificada pela idade e sua essência continua a mesma.

O processo de envelhecimento é tão caricaturado e repudiado que as pessoas mais velhas costumam dizer surpresas: “não me sinto velha, ainda me sinto como se tivesse 18 anos por dentro”. Elas ainda têm 18 anos por dentro – e 8, e 28, 38, 48, 58: todas essas idades anteriores não são estripadas pela idade, e sim cobertas umas pelas outras, como anéis no tronco de uma árvore. A compreensão de que, conforme envelhecemos, não precisamos ser despejados de nossas predileções e paixões, interesses e sensações – em realidade, do nosso corpo, independentemente de limitações físicas que possamos experimentar; que não somos arremessados em uma categoria homogênea chamada “velho” da qual todos os indícios de nossa identidade anterior foram expulsos; que o gosto da vida pode sobreviver às inevitáveis reduções e privações que sofremos ao longo do caminho -, isso tudo, certamente torna o envelhecimento algo muito menos assustador. (KARPF, p. 21/22, 2015)

A dificuldade da sociedade em compreender as necessidades dos idosos deve ser combatida simultaneamente com a educação e políticas públicas direcionadas à terceira idade.

Simone de Beauvoir conclui em sua obra *A Velhice* que “a coletividade decide a vida, o destino dos idosos segundo suas possibilidades e seus interesses: eles estão sujeitos a esse destino, mesmo quando ainda se julgam fortes.” (BEAUVOIR, p. 107, 1990)

A sociedade, ainda desumana em relação aos idosos, até mesmo por pura ignorância ou instinto por não desejar se olhar no espelho e perceber que um dia, provavelmente, alcançará os infortúnios da velhice, não percebe a importância que um idoso dedica a uma simples conversa com alguma pessoa que tenha a serenidade para dispensar-lhe alguns momentos para ouvir suas histórias de vida, suas memórias.

O passado é importante para o desenvolvimento da sociedade, por isso, a memória deve ser preservada para que a boa moral de uma sociedade seja propagada ou atrocidades não sejam repetidas.

Quando caricaturas de pessoas velhas parecem não apenas tenazes, mas também inevitáveis - é quando precisamos nos virar para a história. Mas, se não idealizarmos o passado, vamos mesmo nos sentir mais felizes em envelhecer sabendo que antigamente, na Sardenha, os velhos eram empurrados de despenhadeiros, e que os mais jovens morriam de rir quando eles caíam pedra abaixo? Ou que em regiões mais remotas do Japão, os adultos costumavam comer os velhos quando atingiam certa idade? (KARPF, p. 95, 2014)

O idoso que não propaga suas memórias perde a identidade. Um ser humano sem memória é um indivíduo sem identidade e ao não repassar essa memória às novas gerações não contribui para a construção da identidade dos jovens, deixando morrer consigo o passado e toda a memória de uma sociedade, porém, cada sociedade valoriza seus idosos de acordo com sua cultura.

Nas sociedades humanas, há exemplos extremos: grupos que entendem que a experiência do velho o transforma em um sábio e, por isso, ele merece um lugar especial na sociedade até seus últimos dias, e outros, que sacrificam os indivíduos velhos, que não podem mais trabalhar, levando-os a um lugar isolado onde vão morrer sozinhos. (SILVA, p. 29, 2016)

Heidegger afirma que para justificar o presente, o passado deve ser considerado. Por esta premissa, entende o "tempo" como elemento fundamental para formação do "ser", pois somente com o tempo, o ser humano adquirirá suas experiências e, conseqüentemente, sua formação e identidade. Estabelece um diálogo com a tradição para assinalar o presente: "O passado possui aqui uma atuação constante sobre o presente, uma vez que determina o modo como o presente pode se constituir." (HEIDEGGER, p. 1, 1988).

A teoria de Heidegger, além de transcender sobre a construção da identidade do ser humano como "ente no mundo", reforça a importância da memória e sabedoria que somente os idosos acumulam durante sua existência, constroem a sua identidade e também a identidade das próximas gerações. A transmissão da memória existencial dos idosos, toda a sabedoria e conhecimento adquiridos através de seu "ser no tempo" às novas gerações pode ser associada à teoria existencialista de Martin Heidegger.

Com a educação da sociedade para indicação do caminho para seu conhecimento e construção do seu “ser”, os indivíduos chegarão à compreensão de seu semelhante, entenderá que todos sentem os mesmos sentimentos e esta atitude levará ao reconhecimento do idoso como ser humano digno não somente de direitos, mas também de amor e afeto.

Um pouco de atenção já é suficiente para um idoso sentir-se importante novamente. A ausência de atenção ou um gesto de carinho encurta a vida de um idoso durante a qual adquiriu experiência e sabedoria que tem o direito e o prazer de expressá-la e propagá-la para as demais gerações.

5 - CONCLUSÃO

As regras estabelecidas pela legislação garantem os direitos humanos, fundamentais a uma existência digna, porém, são somente regras práticas, utilitaristas, que não bastam, não satisfazem as necessidades do ser humano.

As ações que resguardam a formação do ser humano ou a desconstrução de seu “ser” para uma integração à sociedade devem ser compostas por condutas que salvaguardem tanto a integridade física quanto a integridade emocional, por isso, a importância do amor e do afeto por parte dos indivíduos que lidam com seres humanos, principalmente aqueles em situação de risco e vulnerabilidade como os idosos.

A construção da identidade humana percorre o caminho das ações e reações do ser humano, suas experiências e aprendizado adquirido no mundo até atingir a alteridade, e, conseqüentemente, a solidariedade, elemento substancial à alteridade e componente de uma sociedade saudável, cumpridora dos direitos humanos fundamentais, constituindo um ciclo de vivência humana. O ciclo da vivência humana inicia-se com o nascimento do indivíduo e termina com a morte, passando por várias fases: a criança, o adolescente, o jovem, o adulto e o idoso.

Os direitos humanos decorrentes do princípio da dignidade humana são direitos de todos, independente da idade do ser humano, porém, durante toda a história, não só do Brasil, mas em todo o mundo, o idoso sempre foi menosprezado e discriminado.

O idoso tem esperança sempre, pois não há como prever a hora da morte, o idoso quer contar suas experiências, histórias, estórias e memórias, e através delas é que a sabedoria será propagada as demais gerações, que um dia também envelhecerão e terão a mesma necessidade de atenção, amor e afeto para propagar também suas memórias. É esse o ciclo da vida.

Apesar de não ser possível a imposição de amor aos idosos pelo Estado, pelas leis, estes sentimentos devem estar presentes em todas as pessoas, principalmente, nos indivíduos que lidam diretamente com os idosos através do Imperativo Categórico de Kant.

A análise da teoria de Immanuel Kant possui uma estreita relação com o ideal de uma sociedade equilibrada, justa e igualitária.

Immanuel Kant tem como base de sua ética o imperativo categórico: o indivíduo moralmente responsável deve agir de acordo com sua consciência, sobrelevando os valores morais em relação ao seu desejo natural, o homem não deve ser um meio e sim o fim. A tomada de decisões deve ser baseada em atos morais, sem afetar seus semelhantes.

Para atingir o ideal de sociedade almejado, com os direitos humanos garantidos, por meio da construção do ser humano e da compreensão do "outro" por cada indivíduo integrante do grupo social, deve ocorrer a integração entre estes dois elementos: identidade e alteridade, que resultam na solidariedade. Entretanto, para que efetivamente a sociedade justa e igualitária se concretize, a solidariedade deve estar aliada ao amor a ao afeto ao idoso excluído.

Conclui-se que é por meio da conscientização, dos ensinamentos dos princípios morais, éticos e culturais de uma sociedade que o ser humano constroi ou reconstrói sua identidade, logo, é indispensável que os indivíduos integrantes desta sociedade e responsáveis pela integração deste "ser" exerçam conduta não somente conforme o que a legislação estabelece, mas também com a dose de amor inerente à alteridade e solidariedades necessária à composição positiva do ser.

Apenas com a edificação de um ser humano com princípios morais e éticos é possível uma sociedade equilibrada, justa, igualitária e, conseqüentemente, respeitadora dos direitos humanos, direitos de todos.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2013.
- BEAUVOIR, Simone de. A velhice. Rio de Janeiro: Record, 1990.
- BUNNIN, Nicholas e TSUI-JAMES, E.T. Compêndio de Filosofia. Edições Loyola: São Paulo, 2013.
- HEIDEGGER, Martin. Interpretações Fenomenológicas de Aristóteles. Stuttgart: Reclam, 2001. _____. Ser e Tempo. Tradução Márcia de Sá Cavalcanti. Editora Vozes: Petrópolis – Rio de Janeiro, 1988.
- HOFFE, Otfried. Immanuel Kant. Martins Fontes: São Paulo, 2005.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Edições 70: Lisboa – Portugal, 2011.
- NIETZSCHE, Friederich. 100 aforismos sobre o amor e a morte. Tradução: Paulo Cesar de Souza. Penguin Companhia das Letras: São Paulo, 2015
- REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. Saraiva: São Paulo, 2001.
- RICOEUR, Paul. O Justo 1. Tradução de Ivone C. Benedetti. Martins Fontes: São Paulo, 2008.
- SALLES, Sérgio. Paul Ricoeur: a Declaração Universal dos Direitos Humanos – um novo sopro. Disponível em Synesis, <http://seer.ucp.br/index.php/synesis>, v. 5, n. 2, p. 211-213, dec.2013. ISSN 1984-6754.
- SILVA, José Antônio da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

A REFLEXÃO DE BRENTANO SOBRE O BEM E A JUSTIÇA

Bruno Amaro Lacerda¹

Resumo: Rudolf von Jhering, em uma conferência na Sociedade Jurídica de Viena no ano de 1884, rejeitou a crença em uma ideia de justiça proveniente da natureza, sustentando em contraposição uma visão histórica do Direito. Este artigo resgata a crítica de Franz Brentano a Jhering feita em uma apresentação na mesma instituição cinco anos mais tarde. Para Brentano, Jhering tinha razão ao negar a versão jusnaturalista das verdades éticas inatas, mas se equivocara ao reduzir toda a juridicidade a atos de abstração, construção e positividade. Existe um fundamento objetivo para a moralidade, uma lei ética vinculante que deve ser encontrada no entroncamento entre uma teleologia da pluralidade dos bens e uma percepção da necessária compatibilização das liberdades na vida social.

Palavras-chave: Brentano; Ética; Justiça; Direito natural; Pluralismo.

The philosophical ideas of Brentano about good and justice

Abstract: Rudolf von Jhering at a conference at the Juridical Society of Vienna in 1884, has rejected the belief in an idea of justice derived from nature, sustaining a historical view of the Law. This paper recalls the Franz Brentano's criticism to Jhering made in a conference at the same institution five years later. For Brentano, Jhering was right to deny the natural law version of innate ethical truths, but was mistaken to reduce all Law to acts of abstraction, construction and positivation. There is an objective foundation for morality, a binding ethical law that is to be found at the junction between a teleology of the plurality of goods and a perception of the necessary compatibility of freedoms in social life.

Keywords: Brentano; Ethics; Justice; Nature Law; Pluralism.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Franz Brentano (1838-1917) é um filósofo praticamente ignorado pelos juristas atuais, que desconhecem não somente que seu pensamento exerceu decisiva influência sobre nomes como Moore, Husserl, Heidegger e Scheler², mas também que, em sua época, com notável elegância e brilhantismo, ele se opôs às ideias daquele que, para muitos, foi o maior nome dos estudos jurídicos oitocentistas: Rudolf von Jhering (1818-1892).

Com o resgate da ideia medieval de *intencionalidade*, Brentano estabeleceu as bases de sua filosofia e deu os primeiros passos em direção a um modo de pensar que influenciou sobremaneira a fenomenologia. Intencionalidade é referência psíquica a algo de distinto, a um determinado conteúdo ou objeto. Pensar, para Brentano, é sempre pensar *um conteúdo*, assim como sentir é sempre sentir *alguma coisa* e querer, por sua vez, é sempre querer *algo*. Os atos psíquicos referem-se, invariavelmente, a um determinado objeto, mesmo que este não exista na natureza, mas apenas na imaginação do sujeito. Como explica Julián Marías:

*Todo o ato psíquico se refere, pois, a um objeto; este objeto pode não existir, quando penso num centauro, ou, melhor ainda, quando penso num quadrado redondo ou num pentaedro regular; mas ambos existem como correlatos do meu pensamento, como objeto a que se refere o meu ato de imaginar ou de pensar.*³

Essa ideia foi aplicada às questões éticas na obra *A origem do conhecimento moral*, transcrição de uma conferência proferida na Sociedade Jurídica de Viena em 1889, atendendo a convite do Barão de Hye, que desejava que o tema *Sobre o nascimento do sentimento jurídico*, exposto em 1884 por Rudolf von Jhering perante o mesmo público, fosse reexaminado em outra perspectiva. Trata-se de um livro pequeno, mas que condensa, segundo o próprio Brentano, meditações de muitos anos.

Jhering, em sua exposição, havia colocado a pergunta pela origem do conteúdo do sentimento jurídico e, ao respondê-la, se opusera à visão jusnaturalista segundo a qual as noções de justiça que os homens possuem na consciência são dadas pela natureza. Jhering chama essa versão do direito natural de “nativista”, por sustentar que a ética é algo possuído desde o nascimento, como uma verdade inata. Ele confia, inclusive, que durante

² Cf., a respeito, SCHUHMANN, Karl, 2004, p. 277-280.

³ MARÍAS, 1973, p. 362-363.

muito tempo acreditou nessa concepção, a qual posteriormente abandonou para adotar uma visão histórica da juridicidade.

Se as noções éticas fossem verdades inatas, elas deveriam ter sido sempre válidas, e não *descobertas* na história. Houve um tempo em que eram desconhecidas para o sentimento humano. Ademais, se a natureza fosse o único guia do justo, os povos selvagens, que dela estão mais próximos, deveriam ser os mais sensíveis eticamente, ao contrário dos povos civilizados, que deveriam ser os mais atrasados nesse ponto. O que se percebe, porém, é exatamente o oposto.⁴

A natureza, contudo, forneceu aos homens uma “dotação geral”, por meio da qual cada indivíduo pode “encontrar o ético”. Esse encontro, ao contrário do que sustenta a teoria nativista, não se dá pelo simples nascimento, mas “com o dever do tempo e sob a influência das ações a que se está exposto”.⁵ O sentimento jurídico, desse modo, depende dos fatos que os homens vivenciam no curso do tempo. Ele não é um dado da natureza, mas um “produto da história”.⁶

É verdade que, em diversas ocasiões, os seres humanos percebem contradições entre o sentimento jurídico e um determinado valor acolhido pelo ordenamento jurídico de sua época, que rejeitam como injusto e, dessa percepção, extraem a incorreta noção de um Direito inato proveniente da natureza. Jhering explica que, na verdade, o sentimento nasce dos preceitos e das instituições jurídicas, mas lhes é superior, em função da capacidade de abstração do espírito humano, por meio da qual esses elementos são percebidos e retrabalhados continuamente segundo a ideia de *finalidade* (que ele associa à utilidade).⁷ A norma ética, assim, nasce em “nosso interior”. Ela é o resultado de uma abstração, de uma elaboração mental: “Construímos a norma”.⁸

Portanto, pode-se dizer que para Jhering não existe uma ideia de justo que se imponha ao homem como regra obrigatória, nem uma manifestação ética de vinculação supra-histórica proveniente da natureza. O Direito, assim como a linguagem, é um produto do espírito, um artifício que se aperfeiçoa continuamente no palco da história.

⁴ JHERING, 2008, p. 50.

⁵ *Ibidem*, p. 38.

⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁷ *Ibidem*, p. 49.

⁸ *Ibidem*, p. 64.

Por sua vez, em sua conferência, Brentano confessa-se primeiramente surpreso com o abandono dos estudos filosóficos pelos juristas de sua época, algo inadmissível se pensarmos que na filosofia está a raiz de todos os problemas da juridicidade. Cortar as ligações da ciência jurídica com o saber filosófico, em sua visão, é algo tão absurdo quanto retirar os estudos de física e de química dos cursos de medicina. O impensável nas ciências médicas é tido, por ignorância, como adequado ou até mesmo necessário no plano da Jurisprudência. Por isso, recordando Leibniz, insta os juristas a tomarem consciência de que, sem a reflexão filosófica, as questões do seu campo de conhecimento permanecerão labirintos sem saída.⁹

Dentre essas questões, a mais importante é a que versa sobre a existência de um justo natural. Mas qual o sentido do termo “natural” nesta expressão? Para Brentano, a palavra pode tanto significar “inato” ou “dado naturalmente”, isto é, algo recebido independentemente de qualquer percepção empírica, quanto o oposto de “positivado” ou “determinado arbitrariamente”, expressando neste caso a regra que “em si e por si, e por sua natureza, é cognoscível como justa ou obrigatória”.¹⁰

Jhering, em sua apresentação, havia sustentado que não há justo natural em nenhum dos dois sentidos: não existe um Direito inato, independente da experiência social, tampouco um Direito cuja justiça se imponha sem a necessidade de atos de positivação posteriores à construção abstrativa da norma. Brentano concorda parcialmente com seu antecessor, reconhecendo que o primeiro sentido de fato não se justifica. Assim como Jhering, também ele não acredita em um Direito válido para todos os povos por mera imposição de nascença, velho erro do qual a modernidade, ao enxergar as variações de costumes e sistemas jurídicos ao longo da história como o resultado de uma evolução *cultural*, parece estar mais consciente que as eras que a precederam. O que lhe permite concluir: “Não há, pois, preceitos morais nem princípios jurídicos que sejam naturais, no sentido de estarem dados com a natureza mesma, no sentido de serem inatos”.¹¹

⁹ A conferência inclusive se encerra com uma exortação nesse sentido: “(...) nossa vida política, com seus numerosos defeitos, não melhorará sem que se procure dar aos juristas uma educação filosófica em consonância com a sua alta missão, em vez de suprimir o pouco que dela se oferece nas instituições atuais” (BRENTANO, 1941, p. 78).

¹⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹¹ *Ibidem*, p. 19-20.

Mas, se em relação a esse sentido a posição de Jhering merece aprovação, o mesmo não pode ser dito do segundo sentido, cuja não aceitação conduziria à absurda ideia de que não há uma verdade ética independente de qualquer poder ou autoridade social. Quem concordasse com a negação do segundo sentido deveria, por coerência, defender que Direito e poder são a mesma coisa, e que a justiça, como diz o personagem Trasímaco da *República* de Platão, não passa da “utilidade do mais forte”.¹² Se não há um justo natural que se imponha como regra do bom e do mau, do conveniente e do inconveniente, do adequado e do inadequado, é forçoso admitir, pensa Brentano, que o Direito é simplesmente aquilo que emana dos atos de poder, não interessando o seu conteúdo.

Assim, a rejeição dos princípios morais inatos, em relação a qual Jhering tinha razão, não leva necessariamente à inexistência de uma lei moral universal cognoscível pelos esforços humanos. Não se deve confundir um Direito *dado pela natureza*, inato, com a ideia bem diversa de uma *lei ética vinculante* que, acessada pela consciência (e não simplesmente infundida pelo nascimento), imponha-se como fundamento da moralidade e da juridicidade. Pode-se dizer, nesses termos, que a conferência de Brentano se destina ao esclarecimento dessa distinção e, para corrigir Jhering, à afirmação de um justo natural no segundo sentido.

O filósofo inicia a exposição da sua posição invocando o conceito de “sanção”. Sancionar é afiançar, dar garantia. Assim, quando alguém se refere à sanção de uma lei, está indicando não apenas que ela foi aprovada, mas que foi *estabelecida*, confirmada por uma autoridade que, valendo-se de um ato de poder, converteu um projeto de lei aprovado em *lei válida*. Mas também se emprega a expressão para referir-se às consequências sofridas por alguém que *transgrediu* a lei ou, mais raramente, a uma recompensa que se atribui a alguém pelo seu especial cumprimento.

A sanção, portanto, pode ser tanto um ato de ratificação da lei quanto de confirmação do seu (des) cumprimento, o que indica que o segundo sentido depende do primeiro. Afinal, se a lei não existisse ninguém cogitaria de sua observância ou descumprimento. Portanto, “se algo há de reger por natureza como justo ou moral, será mister que exista para ele uma sanção dessa índole”.¹³

¹² PLATÃO, 341a.

¹³ BRENTANO, op. cit., p. 22.

Ou seja: se existe uma lei moral universalmente válida, é necessário que ela tenha sido estabelecida, que esteja amparada em uma *sanção natural*. Alguns filósofos procuraram encontrar tal sanção em um senso moral ou impulso sentimental pelo qual os homens distinguiriam a conduta boa da má ¹⁴, concepção que Brentano rejeita por entender que esse sentimento pode ser considerado uma força atuante, mas não uma sanção capaz de *legitimar* a ação humana.

Ele também avalia como errôneas as tentativas de associar a sanção natural a um mandamento divino, que por si só não poderia justificar a conduta humana, pois a obediência às suas prescrições adviria não de uma consideração de sua legitimidade, mas do puro temor. Ademais, a pergunta pela validade do próprio mandamento é, em geral, respondida com a alegação de que se deve observá-lo por imposição de outro mandamento superior, gerando uma sucessão de mandamentos que não resolve, mas apenas desloca indefinidamente o problema.

Brentano sai desse impasse socorrendo-se de outra categoria de mandamentos, diversos dos éticos, os *lógicos*. Estes são regras do juízo, às quais ajustamos naturalmente o nosso pensamento, pois o juízo que a elas se conforma é verdadeiro e o que delas se afasta, falso. Há uma natural *preferência* do pensamento ajustado no confronto com o não ajustado. A ideia de Brentano é que algo similar deve acontecer no campo ético: a sanção natural deve ser um mandamento que, à diferença do mandamento divino, não esteja estado em um ato de vontade, mas em uma preferência natural. Em outras palavras, a sanção natural buscada não é um mandamento divino, que se imporia *externamente* à consciência, mas, de modo similar às regras lógicas, uma preferência *interna*.

Para esclarecer essa ideia, Brentano afirma que o sujeito do moral e do imoral é a vontade ou querer, que se põe sempre como meio para algum fim. Uma pessoa até pode, em um determinado momento, desejar um fim mais imediato, mas essa manifestação de vontade será sempre em função de outro fim mais distante, um fim último que move e, ao mesmo tempo, justifica a sua ação, assim como a dos outros homens.

¹⁴ O autor faz referência aos filósofos do “senso moral” (século XVIII), como Shaftesbury e Hutcheson, para os quais há no homem um sentido ético que o impulsiona naturalmente para a benevolência, tendência que coexiste com a preservação de si. Conferir, nesse sentido, HUTCHESON, 2013, Seção II, *passim*.

Brentano não está, frise-se, postulando aristotelicamente *um* fim para o qual devem tender todos os esforços humanos. Ao contrário: ele afirma que não apenas os meios são diversos, mas também os fins. Pensar que todas as pessoas desejem o mesmo, como os utilitaristas sugerem com a ideia do “maior prazer possível”¹⁵, é um erro, pois *os fins também estão em aberto* e, assim como os meios, também são suscetíveis de escolha.

É certo, porém, que o fim que se busca deve ser acessível e, fundamentalmente, *bom*. Mas o que é um fim “bom”? Para Brentano, “bom” é um conceito intuitivo que provém de representações de caráter psíquico, não se confundindo com intuições físicas (como as intuições dos conceitos de “cor” e de “som”). Todas essas representações, é verdade, provém da *consciência humana*, que o autor descreve como uma atitude do sujeito cognoscente que implica uma referência intencional ao que se quer conhecer. A consciência refere-se sempre ao objeto conhecido, e nessa referência está sua intencionalidade: não há crença sem algo no qual se crê, nem pensamento sem um objeto pensado, nem mesmo audição sem algo que se escute.

Brentano elenca três classes de fenômenos psíquicos: as representações, os juízos e as emoções. As representações são as ideias que todos possuem na mente, como as ideias do cavalo e da beleza. Elas podem ser associadas, como na expressão “belo cavalo”, mas ainda assim não se confundem com os juízos, cuja função é diversa, pois predicam algo de um determinado sujeito e, por isso, podem ser avaliados como verdadeiros ou falsos. Quando, por exemplo, se diz que “todo homem é egoísta”, não se quer apenas ligar uma ideia à outra, mas *atribuir* uma qualidade a um sujeito, atribuição que pode ou não corresponder à realidade. Por fim, as emoções são as percepções mentais de agrado ou desagrado.

Comparando as três classes, percebe-se que as duas últimas possuem uma similaridade que não compartilham com a primeira: uma oposição na referência intencional. Nos juízos, a oposição é entre *admitir* e *rechaçar* (como verdadeiro), ao passo que nas emoções é entre *amar* e *odiar* (como agradável ou desagradável). Em ambas as classes de fenômenos psíquicos, somente um dos modos opostos de referência intencional será “bom”. Logo,

¹⁵ Cf. BENTHAM, 1907, p. 1-2.

(...) algo é verdadeiro quando o modo de referência, que consiste em admiti-lo, é o certo. Dizemos que algo é bom quando o modo de referência, que consiste em amá-lo, é o certo. O que seja amável com amor justo, o digno de ser amado, é o bom no mais amplo sentido da palavra.¹⁶

Esse “bom” pode ser primário, quando por si mesmo agrada, ou secundário, quando agrada em razão de outra coisa, como ocorre com o útil.¹⁷ Só o *bom em si mesmo* é, para Brentano, verdadeiro. Mas como se conhece esse “bom”? O que se ama é necessariamente bom? Não, ele responde, porque aquilo que alguém ama outra pessoa pode odiar. A saída para esse novo impasse está na noção de *juízo evidente*.

Diferentemente dos juízos cegos, frutos de instintos e preconceitos, os juízos evidentes proporcionam agrados e desagradados superiores. O amor ao saber, como o sabia Aristóteles, é comum a todos. Ama-se o conhecimento e não o erro e, quando se persiste no erro, é simplesmente porque se o tem, por equívoco, como acerto. Se existisse uma espécie na natureza que naturalmente amasse o erro e odiasse a verdade, não se poderia simplesmente dizer que sua preferência seria “uma questão de gosto”; seria, na verdade, um grande engano. Um amor como esse estaria baseado em uma falsa preferência e se afirmaria como mau em si mesmo.

A mesma coisa pode ser dita sobre a alegria e a tristeza: esta é má em si mesma, aquela é em si mesma boa. Ver a tristeza como algo bom e a alegria como um sofrimento seria algo inconcebível. Desse modo, pode-se dizer que o bom sempre nos atrai como um *amor certo*. Quando isso não acontece, há uma falha em nossa reflexão e em nosso critério, não uma percepção diversa igualmente válida.

Ocorre que, na vida humana, não há uma única coisa boa, mas muitas. Diante dessa pluralidade de bens que permeiam nossa existência, como saber qual é o bem superior, o *melhor* dos bens acessíveis? Qual é, enfim, o “bem prático supremo que, como fim, deverá dar a medida para a nossa ação?”¹⁸

¹⁶ BRENTANO, op. cit., p. 39.

¹⁷ Ao dizer isso, Brentano explicita a razão pela qual considera o utilitarismo uma concepção ética errônea. A utilidade, entendida como prazer ou como preferência, não é o bem primário, o parâmetro para todos os esforços sociais (como a ação legislativa, à qual Bentham deu especial atenção), mas algo que se quer *em razão de outro bem*.

¹⁸ BRENTANO, op. cit., p. 46.

O “melhor” é simplesmente aquilo que amamos com mais intensidade? Brentano nega, pois não há como estabelecer proporções nos atos humanos de amor, já que não se trata de uma questão espacial, mas de preferência. Algo é “melhor” quando é preferido à outra coisa, quando, por natureza, é mais agradável do que outras realidades com as quais concorre.

É na *união harmônica dos bens* que se encontra o bem prático supremo. O homem, ser social, necessita que sejam traçados limites à sua ação individual, para que todos possam aspirar à união dos bens que, em seu conjunto, compõem o que se pode chamar de uma vida desejável ou plenamente realizada (a *eudaimonía* de Aristóteles). A vida social, portanto, traz consigo a contínua exigência de que as liberdades se harmonizem possibilitando que cada qual possa perseguir o melhor, consoante uma preferência emocional acertada. Assim, os “deveres de amor para com o bem prático supremo” são o fundamento de validade ou legitimação das regras jurídicas e morais socialmente vigentes. Em outras palavras: são esses deveres, que podem ser conhecidos por todos os seres humanos dotados de uma razão sã, que constituem a “sanção natural do justo e do moral”:

Destarte, pois, a majestade suprema da verdade confere ou nega sua sanção às obras da legislação positiva. Dessa sanção extraem estas obras sua verdadeira força obrigatória. Porque, como disse o velho filósofo de Éfeso, em uma de suas grandes e sibilíticas sentenças: “Todas as leis humanas se nutrem da única lei divina.”¹⁹

Assim, as regras humanas (morais e jurídicas) encontram seu fundamento em uma preferência ética acertada, cuja verdade é conhecida por um juízo evidente que coincide com o bem prático supremo. Não se pode negar, ao contrário do que afirmam os relativistas, incluindo Jhering em sua conferência, que certas ações são naturalmente justas e outras injustas, mesmo que essa verdade não seja conhecida do mesmo modo pelas pessoas de tempos e lugares distintos.

Pode-se, portanto, concluir que a reflexão de Brentano traz elementos de conexão entre uma visão teleológica do bem, inspirada na *eudaimonía* de Aristóteles, e uma concepção de harmonização das liberdades na esfera social, típica do liberalismo que se afirmava em sua época (com Mill, Spencer etc.). A ideia de uma pluralidade ética que se origina em uma liberdade

¹⁹ Ibidem, p. 59.

necessariamente delimitada por outras liberdades que também perseguem seu bem prático confere ao justo uma objetividade natural que não existia na exposição de Jhering. A justiça realmente não é uma ideia inata, mas também não pode ser reduzida a uma construção abstrativa. Ela é a compatibilização das liberdades que, na coexistência, se direcionam a formas variadas de bem. A possibilidade de realizar livremente a “união harmônica dos bens” é, nesse sentido, a lei ética vinculante, o fundamento de todos os esforços humanos de posituação jurídica.

REFERÊNCIAS

- BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. Oxford: Clarendon Press, 1907.
- BRENTANO, Franz. El origen del conocimiento moral. Traducción de Manuel Garcia Morente. Madrid: Revista de Occidente, 1941.
- HUTCHESON, Francis. Uma investigação sobre o bem e o mal do ponto de vista da moral. In: BUTLER, CLARKE et al. Filosofia moral britânica. Textos do século XVIII. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Editora da Unicamp, p. 127-178, 2013.
- JHERING, Rudolf von. Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico. Edición de Federico Fernández-Crehuet. Madrid: Trotta, 2008.
- MARÍAS, Julián. História da filosofia. Porto: Edições Souza e Almeida, 1973.
- PLATONE. Repubblica. A cura de Giovanni Reale e Roberto Radice. Testo greco a fronte. Milano: Bompiani, 2009.
- SCHUHMAN, Karl. Brentano's impact on twentieth-century philosophy. In: JACQUETTE, Dale (Ed.) The Cambridge Companion to Brentano. Cambridge: Cambridge University Press, p. 277-297, 2004.

*POLITICIZING SKEPTICISM – AGONAL THOUGHT FOR DEMOCRACY*¹

*Daniel Nunes Pereira*² e *Lucas Pinheiro Garcia*³

Resumo: O estudo ora apresentado tem como objetivo mostrar como uma atitude cética e agônica são imperativos no pensamento político em direção à democracia. Partindo do paradigma de mundos políticos possíveis, a maioria das teorias acerca da democracia revelam-se como algumas dentre as muitas possíveis para configurar e reconfigurar o mundo ordinário. Ademais, o conceito de “epoché” herdado pelo ceticismo direciona a um incessante debate entre teorias e Weltanschauungen. Desta forma, o pensamento agônico direciona a um impossível julgamento em termos de “verdadeiro/falso”, em resumo a ausência de um verdadeiro conhecimento político. O trabalho discute como o pensamento político, especificamente no referente às “teorias da democracia”, precisam ser vistos sob uma inconstante realidade axiológica, a qual reforça o caráter fideístico de qualquer decisão política, isto é, apenas uma aposta em determinado poder soberano certo de seu potencial para prover a transição do caos à ordem com a consequente normatividade.

Palavras-chave: Democracia; Ceticismo; Epistemologia.

Abstract: The study hereby proposed aims to show how a skeptical and agonal attitude is an imperative demand on political thinking towards democracy. Departing from the paradigm of several possible political worlds, most theories on democracy

¹ Artigo originalmente apresentado no congresso internacional “*LAPSS World Congress 2016 - Challenging Democracy*” havido em Berlin (Alemanha) na *Humboldt-Universität zu Berlin* entre os dias 5 e 9 de abril de 2016. A Fundação Dom André Arcoverde (FAA) e o Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) colaboraram para a participação dos autores do presente artigo no referido evento acadêmico.

² Mestre e Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFF), Especialista em História Europeia (Universiteit Utrecht), Bacharel em Direito (UFF-Niterói/RJ). Professor do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença. E-mail: danielnunes@id.uff.br

³ Graduando no curso de Direito do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA). Pesquisador vinculado ao Programa de Iniciação Científica (CESVA-FDV). E-mail: lucaspgarcia95@hotmail.com.

reveal themselves as just one of multiple possibilities to configure and reconfigure the ordinary world. Therefore, the skeptic's legacy on the concept of 'epoché' accrues an unceasing benevolent debate between theories and Weltanschauungen. This way, some agonal way of thinking causes the inexorability of any judgment in terms of "true/false", summarizing the absence of a truly political knowledge. The paper discusses how political thought, especially concerning 'Democracy theories', must be understood under an unstable axiological reality, which reinforces the fideist approach of any political decision, that is, merely a bet from a circumscribed sovereign power confident on its own potential to provide transition from chaos to order with the consequent normativity.

Keywords: Democracy, Skepticism, Epistemology.

INTRODUCTION

The present work begins with an exaltation of the political philosophy, in other words, it aims a certain contribution to show that the so precious separation between such reflexive ethos and another from a more empiricist nature is something pernicious, in contrariety of what can be noticed at the general political science. Such distinction is "obscure, obscurantist and makes no justice to those two working areas, which are essential to the constitution of the subject. One gives sense to the other. One cannot exist without the other."⁴ (LESSA, 2003, p.81)

Moreover, it highlights how much relevant it is to revisit the so-called "classics" of the political thought, more specifically in favor of the present work, the legacy of the skeptical school, a doctrine that teaches us not to fall under imposed dogmas, in other words, not to adhere to a system of not evident propositions. Therefore, we admit the relevance of objections in order to result in such posture, when assumed in its fullness, in a stagnation; which we eliminate with the adherence of the "possible" that is exposed by the Kantian thinking.

Hereupon we will endeavor to reflect over a Schmittian criticism to contingent and pragmatic principled junction between Liberalism and democracy. This junction, to the referred author, is faded to fail since its beginning, such as in the Marxist criticism to the capitalism:

The matter consists in knowing whether we may get a specific political idea from the pure and consequent concept of individualistic

⁴ Any reference presented in this work is a proximate translation.

liberalism. To this, we must answer with the negative. For the negation of the political that is contained in any consequent individualism certainly leads to a political praxis of distrust against all political powers and state formats we can imagine, however it never leads to an own and positive political and state theory (SCHMITT, 1992, p.97)

We stress that such criticism does not target the democracy itself in a destructive sense that is always a goal in the thoughts of the referred author, due to his modus operandi of taking properly seriously his adversaries. Therefore, it shall be a positive contribution in order to elevate the reflection about democracy for itself for beyond the not politicized zone promoted by the Liberalism. Nevertheless, we must not ignore the contribution of such movement in what concerns to the individual freedom, what in fact will not be observed in here.

Thus, the adoption of the Schmittian criticism consists the touchstone for a correction of the perpetrated apolitical character, and notwithstanding the potentiation of the democrat thinking and spirit. Therefore, we will adopt the referred criticism not in a dogmatic sense, which should be followed indiscriminately, but as the conducting wire which we intend to overcome, maybe not in a peremptory way, but that comes to indicate a path to be followed, revealing one more step for the constant "ought to be" that consists the way of the political philosophy and despite the political science on a broad sense.

AGONISTIC FOUNDATION

We begin the present section with the evocation of the paradigm of the possible worlds (LESSA, 2003, pp.103,104), that is all the associative infinity which the objective world can be coated with, and is effectively coated with the reservation of its proper apprehension in space-time, taking as a starting point the multiplicity of human lucubration. About this matter, Hanna Arendt brilliantly expresses her understanding about the human "creationist" character. In other words, the liberty with which the human being (in its plurality), instead of the humanity that is the major expression of the above referred attribute suppression, in the means that there is an imperative designation given by history, is coated when inserted in the political field to make something new, in the author's words:

"It becomes hard to comprehend that we should be in fact free in a field, that is, not even moved by ourselves nor dependent on the given material. There is freedom only in the particular scope of the internal concept of the politics. We save from this freedom right in the need of the history. An abominable absurd." (ARENDR, 1998, p.24)

Regarding her concern to this reducibility of the human capacity, Arendt alerts for the matter of judging in the modernity, which is presented in two aspects: one in subordinating the individual to the general, in other words, to submit to current criteria; and the other when we face up with things for which there is no known parameters. This last aspect is under the Nihilism denomination or synonyms such as:

"(...) human judgments can only be demanded where they have parameters, that the capacity of discernment is nothing more than the capacity to aggregate in a correct and adequate way, the isolated to the general in which it corresponds and came to terms. It is known that the capacity of discernment insists and must insist in judge in a direct way and without parameters." (ARENDR, 1998, p.33)

Though, we must object, when due opportunity, the epistemic disagreement by which the proposal of (re)composition of the objective reality will pass, not as a reducibility, that is, diminishing it, but as a suitability to the real character of the human understanding, limiting it, establishing at what extent it may reach. In the following section it will be imminent a touch with the theoretical constructs of Carl Schmitt about "sovereignty", "decision", and "politics".

In his exposition about the concept of the political, there is an explanation about the categories of specifically political understanding, that is, those in which the political thinking must be supported in order to act with property. So, the criteria that gives the condition of political itself is the distinction between "friend-enemy", that is: "The difference between friend and enemy has the meaning to designate the degree of extreme intensity of a connection or separation, of an association or disassociation." (SCHMITT, 1992: p.52). Accordingly, the one that may represent an existential danger to a certain political organized group would be called "enemy" and should be fought, being the "war" another category of the political horizon, taking it seriously as the author likes to treat his "enemies" in his works, and it can even reach the level of an extermination war.

This is the crucial point in the theory of Schmitt and Arendt, once the least author abhors such result due to her plural world representation. Yet she sees the “destroying” as dissociable from the “building” inherits of the human strength and capacity; likewise, Schmitt also recognizes the extremity of this extent in the political field, once for the configuration of this ambit as not meddling in the others of the human thinking and action, it is necessary the existence of an enemy, but accepts it as possible in an ultimate degree.

Similarly, when discoursing about the historical conceptions over sovereignty, running through Hobbes and Bodin, Schmitt correlates the two political categories of “sovereignty” and “decision” from the observing of exception state, as the juridical figures use to set. It becomes the most interesting concept for the fact that “the normal proves nothing, exception proves it all”; it not only confirms the rule, but the rule itself only lives because of exception” (SCHMITT, 1996, p.94), once this situation reveals what is beyond the instituted, not covered by regulations or juridical figures, despite its necessary juridical prevision which cannot act in an analytic way for not having enough elements of what is to come, and therefore reveal the need for an authority capable of deciding about the moment of deflagration and, consequently, solve it in view of the impossibility of an endogenous response given by a positively valued systematic-rationalist order, which notwithstanding its mere prevision could not provide it specific details and purposeful actions.

The fact of a regulation, order, or a point of accountability “implants itself” seems to be an easily imaginable supposition, for this kind of juridical rationalism. However, as the unity and the systematic order could suspend itself in a concrete case it is something hard to conceive, and keeps being a juridical problem while the state of exception is distinct from the juridical chaos of any kind (SCHMITT, 1992, p. 93)

Indeed, resides in the ruler’s power, which would be unlimited in this view, make the transition from the emergency state to the normality, in a concrete situation and in an existential sense. It would reverberate in a new normative possibility once there is no “regulation applicable in chaos. The order must be implanted so that the juridical order makes sense. A normal situation must be created, and ruler is the one who decides, definitely, if such state is really predominant” (SCHMITT, 1992: p.93)

At this point, some elucidation is necessary. In the Schmittian concept, democracy should have as a principle regulating the identity one, that is, identity between rulers and ruled ones. A homogeneous space of normative application would be necessary (SCHMITT, 1992, p.92). Considering this, his conclusion about the regular principle of democracy, Schmitt comes to consider as possible democracy in an authoritarian regime: “Bolshevism and the fascism are certainly anti liberal, as all dictatorship, but not necessarily anti democrat” (SCHMITT apud MOUFFE, 1992, p. 2).

Such position derives from his strong criticism against the liberalism, about what is going to be talked later. That said we combat that such theoretical position may have any positive use. That is, it cannot be understood in a way that legitimates authoritarian regimes, as some intend, but in a way to provide the proper identity required above. The path to reach such thing is a hard task for those who look into the practical field and, as initially affirmed, reflexive of the political science.

Therefore, we make clear there is no bad intention in the use of this finding, which is the need for the effectiveness of the identity principle, but indeed represents the disclosure of a contradiction found by the author, once the individualism required by one inhibits the implement of the other.

Therefore, we conclude that the implement of such principle of identity does not necessarily come through authoritarian ways. We can present as example the Rousseauian construct of “general will” as an adverse possibility to the referred authoritarianism – disregarding, as an exemplary order, the considerations about the implementation premises (axiological, e.g.) of this state (situation) – as a mean of implementing what is proposed. Thus, we conclude that every proposition in this sense represents a possibility, and not a necessity.

With everything that was exposed so far, we come to the following position: the disclosure that the human being, as it always brings the capacity to create something new over what has been instituted, residing here a supposed Schmittian/Arendtian paradigm – not dogmatic, some questions are revealed simultaneously: the implementation of the new comes from a deliberative and consensual plurality, as nostalgically Arendt aspired when discoursing about the greek polis, or there would be the possibility of establishing the homogeneous ground of normative implementation, where popular sovereignty would be effectively represented, as Schmitt presented

to us (always avoiding bad intentioned interpretations, we asserted that the possibility of a democracy instituted by an authoritarianism shall not be cogitated, so that there are propositions in this direction by contemporary proponents of “radical democracy”, which resides in the extreme opposite of this supposition)?

GNOSEOLOGICAL ABYSSES

This part of the work is going to be an expatiation about how much relevant becomes the skeptical teaching, once through such line of thinking we understand that for each theoretical formulation will be always and necessarily possible an imaginative contraposition. It justifies the revisiting of so important concepts of a determined school – to the extent that represents “a certain argumentative line showing how it is possible to live correctly (correctly being understood referring not only to the virtue, but in a wider meaning (...))” (EMPÍRICO, 1997, pp,118, 119) – such as “*Diaphony*”, “*Epoche*” and “*Ataraxy*”.

Skepticism arose in classical Antiquity as a reaction to the proliferation of philosophical systems all of them oriented to detect the truth. In more precise terms, the skeptical attitude emerges from the discovery that philosophy is a playing field between systems that support that there is a deep distinction between what is and what appears to be. (LESSA, 2008, p. 5)

However, the skeptical position alone, devoid of logical-metaphysical reflection and broad theoretical framework, does not makes distinction on “analytic truths” (*a priori*) and “synthetic truths” (*a posteriori*), thus, it doesn’t reach facts in its contingent or general significance nor foresees any particular meaning contingently understood as fact (QUINE, 1951, pp.20-21). Therefore, a purely empirical approach tends to be reductionist about human phenomena, because each significant fact receives its own meaning from any logical construct concerning its own as immediate experience (QUINE, 1951, pp.34-35). In this sense, the skeptical position will be relativized as groundwork from the very important Kantian criticism, by which such positioning, when taken to the extreme, would result in stagnation, as evidenced by one of his canons of principles (*ataraxy*).

Such investigation reveals itself of in the same importance, once we limit the human knowledge, in contrariety to rationalist postulations that

tends to comprehend all, a criticism degree will be posteriorly raised about the *Diaphonical* "visions of the world" related to the theory of democracy and, notwithstanding, it will highlight how a political decision have a character of fideism once there is no applicability of patterns such as "good-bad", "beauty-ugly", and "useful-harmful"; it is because of the fact that the character of fideism results from the strength that the decision politically considered possesses to aggregate or disassociate politically existent invidious. When reading the Pyrrho's hypothesis, a kind of "skeptical manifest", we face with the issue raised by this current of thinking about the reflection over "good or bad". Such considerations always result in a concern, that is, we will search for the state characterized as the good one in contrariety to the bad one; arising from that the reflexive need. Yet in his line of thinking, all theoretical system that brings the explanation of a certain phenomenon (a term borrowed from the Kantian doctrine) will be open to a contraposition (*diaphonia*), which consequently would take skeptical to suspend any kind of judgment (*epoche*) and would result to the so acclaimed tranquility (*ataraxy*), that is, once the skeptical on its reflexions "finds himself before the equipollence in controversies, and cannot decide about it, adopted the suspension"; such posture highlights an exacerbation about the sensible impressions, which are determined as criteria of legitimacy for the action, once they are not liable to questioning.

(...) We have action criteria, according to those in our daily lives we practice certain acts and avoid others, and we treat here about such criteria. We say than that for the skeptic the criteria is the appearance, which means the sensible impressions, once they consist in involuntary affections and sensations, therefore they are not liable to questioning. So, presumably, no one will discuss if something that exists has this or that appearance, the discussion is if that, in fact, corresponds to what it looks like." (EMPÍRICO, 1997, pp.116, 121)

At this point, after a brief explanation, far from any arrogant impulse, in order to highlight the genius point of this reflection, and, nevertheless, offer you some retouch, we disagree of such last ending of the skeptical positioning, which is tranquility, and its ethos guided by the sensible impressions; even because of the the fact that those offer essential elements for human reflection, as forward we will try to show, but not exhausting all possible knowledge. Aiming to offer a certain precision to the exposed about the skeptical legacy, we open space for the name who was responsible for one of the greatest turns in human thinking: Immanuel Kant and his

critique of pure reason. Indeed we state here that the human knowledge does not have as a goal the objects themselves, what is nominated by the author as transcendental, and, as we formulate a system of such concepts we would a priori institute a transcendental philosophy: *"I call transcendental all knowledge that in general occupies itself not so much with objects, but with our way of knowing objects, once it must be possible a priori"* (KANT, 1980, p.33)

That is, the Kantian revolution admits the nature of things, objects taken on themselves, as something inexhaustible, and due to that, he establishes as object of his reason criticism the constitution of a canon of knowledge a priori, contained inside the own human reason, through which it becomes possible the judging of the nature of things, taken as phenomena. What "a skeptical school" would define as "principle of action", that is, those elements arising from the sensible impressions, Kant would define as formats of intuition, that is:

"Since the receptivity of the subject to be affected by objects necessarily proceeds every intuition of those objects, we understand how the form of all phenomena can be processed in the minds before all actualized perceptions, consequently a priori, and with it, while a pure intuition in which every object must be determined, can contain, before every experience, principles of their relations" (KANT, 1980, p.42)

Therefore, because of the categories of representation (space/time) of our sensibility, we can represent the object, not as it is itself, but as a subjective reality, respecting its subjective conditions of the sensible intuition, objectively represented, *"cannot be included even subsisting nor inhering the objects themselves"* (KANT, 1980, p.47)

Furthermore, it is not only in the mere intuition where the human understanding resides, or it would configure a fumble in the dark; case in which we diagnose the skeptical reflection in service of the sensible impressions in search of tranquility. That said, the human comprehension does not exhaust by the process of representation given by intuition. There is still the synthetic process a priori where the unity from the multiple given by intuition, by means of concept, is formed. The great relevance of this process subjective character resides here, in the means that the pure apperception is needed *"for being that self-conscience that when produces the representation I think which must follow all the others and it is one and identical in all conscience, cannot be followed by any other."* (KANT, 1980, p. 85)

Indeed, if the self-consciousness was not part of all multiple representations, given by intuition, they could not be denominated as being part of the cognoscente subject, being than subordinated to the condition of the self-consciousness synthesis. This process of formation of the conscience unity is, thus, the foundation for the knowledge of an object given as phenomena, and consequently, of all possible experience.

“The synthetic unity of consciousness is an objective condition of all knowledge, which I need for myself not only to know an object, but in which all intuition has to be in order to become object to me, otherwise, in another way and without this synthesis of the multiple it would not join in a conscience.” (KANT, 1980, p. 87)

Thus, the statement exposed by the Hanna Arendt about “judging in a direct way with no parameters” can be understood from the Kantian perspective as a reformulation of what it becomes acceptance in a space-time limit, once it is impossible to reach an ultimate truth from which all essence of the object politically discussed would be extracted. And the great importance of the skeptical teaching resides here, even not having followed the correct way (here considered as so) in the consideration over epistemology, already recognized the *diaphonic* character of the theoretical postulations, and its suspension of judgment (*epoche*), it must not be understood in a lethargic, inaction, intuitive sense.

It is revealed as something of great importance the Schmittian’s notes about the fideistic and aggregation character of the political in relation to the decision-making, and it is because of the inappropriate designation in such ambit for a decision such as “right or wrong”, “useful or harmful”.

*Therefore, when we are capable of aggregating a certain group of people able to “fight” (here we use the proper Schmittian vocabulary, despite its possible institutional significance, therefore, for beyond the *jus belli*) for the ideal shared, in consonance with the principle of identity between “governors” and “governed ones”, a determined existential positioning will be accepted as valid, for beyond the moralist and economic borders. (SCHMITT, 1992, p.92)*

THEORIES OF DEMOCRACY

In the present section of the paper we will embark in the short exposition of some exponent theorist of modern democracy, such as Kelsen,

Habermas and Bobbio. It brings the intention to enrich the reflection put into practice, once right after that it will be exposed to the criticism made by Schmitt against such so-called liberal theories. Such itinerary does not aim the adhesion of the antithesis proposed by this author, or the thesis of another, but evidence the undertaken diaphonia, and based on that, try to evidence a possible substratum for a further active proposition. Adhering to a formalism, Noberto Bobbio defines as democratic regime the “*group of regulations and procedures that aim the formation of collective decisions counting on the most part possible of the interested ones*” (BOBBIO, 2000, p. 22).

Therefore, the democratic regime is represented by the procedural instruments that give legitimacy to a certain political decision. Furthermore, Bobbio states that for the actualization of the democratic regime, it is necessary the actualization of individual liberty, expression, opinion and association principles. Therefore, liberalism is a historical and juridical prerequisite for the State democratic regime. (BOBBIO, 2000, p. 32).

Another mark of the modern thinking about democracy, covered however by an empiric aspect, is the exposed by Robert Dahl and Arend Lipjhart, for whom the democratic regime is configured by the cumulative presence of certain elements, respectively: a) Effective participation in politics; b) Equal vote among adults; c) Acquisition of a clarified understanding about the institutions and political candidates; d) exercise control of state planning for accountability (DAHL, 2001) a) Sharing of the executive power through broad coalition cabinets; b) Equilibrium between executive and legislative power; c) multiparty system; d) proportional representation; e) corporatism of the interest groups; f) a decentralized and federal government; g) strong bicameralism; h) constitutional rigidity and judicial review; i) Independence of the central bank (LIPJHART, 2003)

Moving on, we find in Kelsen a functional criteria for the justification of democracy, that is, we cannot cogitate about an absolute justification for it. It is, functionally, found in the understanding of the acting individuals. Thus, through Kelsen perspective, we negate the possibility of a substantial homogeneity, if it is presumed a debate made by parliamentary representativism. Therefore, Kelsen states that the modern democracy must be understood as being defined by a certain number of procedures through which the parliament and the parties play a central role, so that they are the necessary instruments for the creation of the state will. (KELSEN, *apud* MOUFFE, 1992, pp. 7, 8).

In a diverse sense, Habermas, influenced by his own discursive theory, declares that the core of democracy is the process of institutionalization of discourses and negotiation with the aid from the forms of communication. Therefore, through the discursive concept, we submit all action norm to the acceptance from those who participate in the rational discourses, in the same way that with them they are related. Thus, we assume an alternative to the principle of identity, according as the democratic State, and its inherent normative institutionalization, grants the effectuation of such principle among those who construct it and finds themselves related to it, being the respect to the individual rights the limiting factor to this *multitude's* legislative process. Thus, we align the Habermasian theory with the liberalism for excelling the disassociation between “*State*” and “*Civil Society*”, once it aims to reduce the state influence over the individual freedom; notwithstanding, it also recognizes that it is in the State where the most elevate format of popular sovereignty is expressed. That said, Habermas, when excelling for the rational deliberative process as the foundation of legal regulations and the organization of public power, establishes the principle of representativeness, in a pragmatic order, as subsidiary and needed. (ARRUDA, 2011, pp. 105-130)

Chantal Mouffe exposes a relevant observation about the necessary distinction that we must make for the correct functioning of the Habermasian model, the one between the “*interest agreement*” and “*rational agreement*”. (MOUFFE, 1999, pp. 38, 53). This point is shown as very important to the critical approach of the way as the politics, by the means of its procedures, is practiced.

After briefly exposing some of the main modern democratic theories, the work will follow bringing the exposition of the Schmittian criticism against the implement of the metaphysical system perpetrated by the liberal ethos, which is the individualism. It is not against the liberalism in favor of the authoritarianism, but as the disclosure of its contradictions, in order to, this way, establish an adequation proposition aiming to strengthen the reflection about democracy.

LIBERALISM AND POLITICS

In his astute historical reading, Schmitt notices that the articulation between liberalism and democracy happens in the confrontation of the

bourgeoisie against the monarchical power occurred in the 19th century. Such confrontation results in a necessary distinction between State and society, which transposes and concentrates this confrontation to a specific scope: the parliament. Such confrontation is not direct, that is, between general will and personalist will; but a confrontation through representatives of the people. Its product would be a rational and universal group or laws that would subordinate the power of the monarch.

In this transposition, which aims the limiting of the concentrated power to the monarch itself, resides a danger announced by Schmitt, which is the transmutation of the concept of law: it would be restricted only to what comes from the parliament. Thus, Schmitt questions about what the validity foundation is to reside in this matter the genesis legitimacy of the general will (supposedly) stated in a rational sense. He believes that such thought results in such a liberal metaphysical belief that the production of the truth and of justice would come through the discussion and free exchange of opinions. (ARRUDA, 2011, pp. 105-130). In Schmittian words:

“The liberalism, based on its typical dilemma between spirit and economy, tried to reduce the enemy into a rival, under the economy perspective, and into an opponent of discussions, under the spirit perspective. In the economic field, in fact, there are no enemies, but only rivals, and in a totally moralized and ethical world maybe only opponents of discussions still remain.” (SCHMITT, 1992, p. 54)

This perspective of an eternal discussion reveals itself as harmful, once it dislocates issues of existential interests from a certain political unity, capable of establishing that “friend” and “enemy” conglomerate, to an individual range, and with this prevent the substantial change which would be product of the “sovereign decision” when it is necessary. For this the attention to the state of exception, again, becomes enlightening; once the “Rule of Law” is never capable of embracing such situation, and henceforth establish propositional measures to it.

Therefore, when we discuss about matters of second order, and set aside matters that bring polemic potential (political) for the individualism treatment, we would depoliticize the social environment, treating the parliamentary discussion as a mere “rational accordance” (using here the terminology coined in the prognosis made by Mouffe about the Habermasian theory), and, consequently, reinforce the antagonism in the social

environment. At this point, it is important to make an analogy to the figure proposed by Thomas Hobbes in his *Leviathan* about the state of nature (in the case of an environment where the individual ambition is where the search for satisfaction happens), protecting, of course, the specific character of a snip, once in the Schmittian sense, the social contract would be an institutional breakdown, in view of his homogeneous conception of a public unity, which should exist since ever and not be built by the means of an accord. So, in view of his conception, which appreciates the homogeneity inside a political unity, he refutes the pluralism; moreover, Schmitt opposes to the democracy proceduralist theorists. This is in view of his substantial search for a concept of equality inside the public unity. *"In fact the worries of Schmitt lie upon the public unity; he believes the State cannot exist without it. For him, this unity consists in a common existence from which citizens participate, and that permits them to be treated as equals in a democracy."* (MOUFFE, 1992, pp. 8, 9) The disclosure of this substantial unity presented by Schmitt is what rises much distrust in relation to his thoughts leaning to the totalitarianism.

Chantal Mouffe guides us through this confusion when exposing the proposition of Herman Heller when he revisits the Schmittian's concept of political, about a *"certain level of social homogeneity and shared political social values to the accomplishment of the democratic unity"* (MOUFFE, 1992, p. 9); what does not exclude a certain social antagonism. This way, the theoretical foundation of a parliamentary democracy is found *"not in the belief of a public discussion itself, but in the belief that there is a common base of discussion and the fair game for the opponent, whereby we wish to get to an accord under the condition of ruling out the pure and simple brutal force."* (HELLER *apud* MOUFFE. 1992, p. 9).

Thus, passing by the Schmittian criticism without adhering so, we find a synthesis: the individual liberties that represent the triumph of the liberal bourgeoisie should not be abdicated in favor of a totalitarian-personalist power. Likewise, the search for the formation of a certain homogeneity (conferred by the principles of equality and liberty) where the general will should be formed, excluding the *jus belli*, by means of procedures and mechanisms that grant the possibility and concede effectiveness to it.

CONCLUSION

According to the exposed by Schmitt, as the liberalism aims to eradicate the conflict from the social, in view of its simultaneous aggregations to the State, and, thus, result in a depoliticization of the properly political ambit, we intend to revert the positioning with the exposed so far. Thereby, we do not intend to follow the Schmittian criticism, from which we used as support so far, in a fideistic way, but before our intention is to conciliate it with the most democratic possible aspect, which is currently denominated as “ultra-democracy”. Therefore, we aim for an elaboration that does not target the destruction of the political ente, at the existential sense, or its depoliticization in the individualist practice:

(...) one of the main tasks of the democratic politics is to neutralize the potential antagonism that exists in the social relations. If we accept that it cannot be done transcending the us/them relation, but only elaborating it a different way, we come across the following questioning: what would constitute a relation of tamed antagonism (...)
(MOUFFE, 2015, p.18)

Henceforth, the agonic posture arises, where pluralism is recognized and there is no aim for its eradication from the political, where its negation would reside in case of occurring. Thereby, the pair friend-enemy gains features of us-them, that is, the capacity exists for a political instituted agglomeration for the (re)configuration of the object of the political decision, once every religious, moral, economic or any other antagonism becomes a political one provided it is strong enough to cause the effective regrouping of men into friends and into enemies.” (SCHMITT, 1992, p. 77). This without the determination of “them” as being the enemy to be destroyed. thus, we conciliate the issue raised by Hanna Arendt about the driving pluralism of the social world, highlighting the topic where we elucidated the gnoseological human capacity, with the fideism: once there is no rational parameter of definition such as right-wrong, useful-harmful, beauty-ugly in the political ambit and on their decisions, this kind of specific reflection must be elucidated as one from the several possibilities of representation of the world that, diaphonically, not only can but should be confronted, creating an agglomerate capable of defending its execution. The contribution of the proceduralism theorists reveals itself here as important once they formulate ways in the walking of the agonistic elaboration.

REFERENCES

- ARENDDT, Hannah (1998). *O que é política*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil;
- ARRUDA, José Maria (2011). "PARADOXOS DA DEMOCRACIA NO LIBERALISMO: Crítica à concepção liberal de Estado de Direito a partir de Carl Schmitt" em "Problemata-international journal of philosophy, vol.2, nº1" Accessible at: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/10371>;
- BOBBIO, Norberto. 2009. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra;
- EMPÍRICO, Sexto (1997). Hipotiposes Pirrônicas, Livro I, Tradução de Danilo Marcondes, Revista *O que nos faz pensar*, Página 117, nº 12;
- HABERMAS, Jürgen (1994). *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp;
- KANT, Immanuel (1980). *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural;
- KELSEN, Hans (1957) *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science*. Berkeley. MIT Press;
- LESSA, Renato (2008) "Uma história da dúvida: uma resenha de *A História do Ceticismo*, de Richard Popkin". Rio de Janeiro: Edição Online - Laboratório de Estudos Hum(e)anos. <http://estudoshumeanos.com/wp-content/uploads/2011/03/uma-historia-da-duvida.pdf>. Accessed on 15/03/2016.
- LESSA, Renato (2003). *A política como ela é...: Carl Schmitt e o realismo político como agonia e aposta*. In: *Agonia, aposta e ceticismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG;
- LJPHART, Arend (2003). *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira;
- MOUFFE, Chantal (1992): "Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt" em "revue Française de Science Politique, vol. 42, nº1";
- MOUFFE, Chantal (2015). *Sobre o político*. São paulo: WMF Martins fontes;
- QUINE, Willard Van Ornan (1951) "Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism". In. *The Philosophical Review*, Vol. 60, Nº. 1. Durhan: Duke University. <http://www.jstor.org/stable/2181906> . Accessed on 15/03/2016.
- SCHMITT, Carl (1992). *O conceito do Político*. Petrópolis: Ed. Vozes;
- SCHMITT, Carl (1996). *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta;

COOPERATIVAS E MADALENAS

Guilherme Krueger - Advogado e Economista. Mestre em Filosofia pela PPGF-UFRJ e Doutorando em Direito Penal pela PPGD-UERJ

“Quando se analisa o empreendimento cooperativo pode-se entender que há a necessidade de crescimento intrínseco dessas organizações em consequência da ‘mão invisível do mercado’ e em razão da lógica econômica explicada e modelada pela economia neoclássica.

“Assim, percebe-se que cooperativas que se formaram como importantes coalizões de interesses em um mesmo grupo étnico, solidário e voluntário, com um forte código de ética, crescem economicamente impulsionadas pelo mercado e pela necessidade de geração de renda e riquezas, e nesta trajetória internalizam necessariamente a lógica econômica de maximização de resultados.”

Sigismundo Bialoskorski

“Em breve, maquinalmente, acabrunhado com aquele triste dia e a perspectiva de mais um dia sombrio como o primeiro, levei aos lábios uma colherada de chá onde deixara amolecer um pedaço de madalena. Mas, no mesmo instante em que aquele gole de envolta com as migalhas do bolo tocou meu paladar, estremei, atento ao que se passava extraordinário em mim. Invadira-me um prazer delicioso, isolado, sem noção de sua causa. Esse prazer logo me torna indiferente às vicissitudes da vida, inofensivos os seus desastres, ilusória sua brevidade, tal como faz o amor, enchendo-me de uma preciosa essência: ou, antes, essa essência não estava em mim, era eu mesmo. Cessava de me sentir medíocre, contingente,

mortal. De onde me teria vindo aquela poderosa alegria? Senti que estava ligada ao gosto do chá e do bolo, mas que o ultrapassava infinitamente e não devia ser da mesma natureza. De onde vinha? Que significava? Onde apreendê-la? Bebo um segundo gole que me traz um pouco menos que o primeiro. É tempo de parar, parece que está diminuindo a virtude da bebida. É claro que a verdade que procuro não está nela, mas em mim. A bebida a despertou, mas não a conhece, e só o que pode fazer é repetir indefinidamente, cada vez com menos força, esse mesmo testemunho que não sei interpretar e que quero tornar a solicitar-lhe daqui a um instante e encontrar inato a minha disposição, para um esclarecimento decisivo. Deponho a taça e volto-me para meu espírito. É a ele que compete achar a verdade. Mas, como? Grave incerteza, todas as vezes em que o espírito se sente ultrapassado por si mesmo, quando ele, o explorador, é ao mesmo tempo o país obscuro a explorar e onde todo o seu equipamento de nada lhe servirá. Explorar? Não apenas explorar: criar. Está diante de qualquer coisa que ainda não existe e a que só ele pode dar realidade e fazer entrar em sua luz.”

Marcel Proust

A RACIONALIDADE ESTÁ EM JOGO

O *ethos* é caráter, costume e moradia. É um modo de ser de alguém como o *abrigo* da sua humanidade em si, com que *toca, afeta* outrem (*pathos*) na conjugação do verbo (*logos*). O *ethos* se refere à atitude do emissor que dá consistência ao seu modo de ser, o que é necessário à empatia por quem o avalia. Ainda que imprescindível, uma adequação formal/causal de meios à sua realização de um fim feliz não esgota a ética. Senão na realidade do nós. Pois, as linguagens são as moradas do ser, elas tornam mundo um comum-pertencer: é linguagem a mesmidade entre pensar e ser.

O insidioso na insistência do *eu consciente* como ponto de partida da ética é que a empatia perde vigor, e o bem comum tende a se fragmentar ou se diluir em polissemias, quando só aparece, se conhecido por mim mesmo e outros *quase-eu* (autonomias legisladoras), porque soçobra ao sabor de identidades e identificações transitórias. Qualquer integridade, no entanto, convoca o *si-mesmo* como outro e os totalmente outros para uma presença deontológica e sincronicament espectral.

Em outras palavras, respostas deontológicas são irreduzíveis à cognição sem um recurso a pré-conceitos. Nalgum paradigma ou alguma principiologia ou teleologia. Ainda que para falar em mudanças de princípios ou fins. Isso acontece, porque não percebemos ordinariamente (e empatia é um fenômeno de percepção), senão tendendo a alguma totalização, algum sentido que dê conta. E isso acontece inclusive na comunicação.

Mas, é possível uma percepção como abertura¹. Uma excepcional sensação de vertigem; um salto a nenhures num mundo que mostrou, num vislumbre, algum excesso que nos convoca à busca de uma expressão; que se nos ressignifica ao dar-nos uma sensação de *descentração do eu* (esquecimento de si mesmo) entre a mesmidade e a ipseidade².

Quando me detenho no questionamento “*quem sou eu*”, positivo o que é meu numa informação: corpo, percepção, consciência, intenções, experiências, desejos, sentimentos, escolhas, projetos, patrimônio, psique, espírito, alma, tradição, código de DNA, sexo, liberdade, história, trajetória, biografia, auto estima... Mas também negativo na diferença entre o “meu” e o “eu” que me identifica como uma referência de perspectiva por entre signos da linguagem e que aparece originariamente numa especial sensação de tempo, mas que vai encontrar num texto a possibilidade de um si-mesmo como outro, pois nessa vivência originária já serei outro, ainda que sendo eu mesmo. Aqui intuimos uma ipseidade que nos expõe como coautores e intérpretes de nós mesmos. Trata-se de uma identidade radical com o totalmente outro, em diferença a um si-mesmo reflexivo pelo que já temos identificado e que se projeta nalgum como diferença e o apropria por

¹ Num seminário de 18 de março de 1987 na Escola de Estudos Superiores em Ciências Sociais, Castoriadis (2007, pp. 219-241) afirma que a subjetividade humana é uma bola que pode se autodilatar e estruturalmente pseudo fechada. Isto é, pode recolocar em questão as condições ou as leis de seu próprio fechamento. Portanto, o mundo humano, ou seja, acessível à subjetividade humana, não é dado em definitivo. (“*não há nenhuma razão para postular que o mundo dos tubarões mudou depois de dezenas de milhões de anos. Mas sabemos que, como classe, o mundo dos humanos muda e até se estende [...] Quando falamos da imaginação radical da psique, da sublimação, de vontade de verdade, falamos, de fato, dessa autodilatação*”, pg. 234). Destarte, Castoriadis chamará a subjetividade humana de pseudobolas, algo inaudito no universo cognitivo: a relativa superação da exterioridade recíproca; superação essa sempre mediada essencialmente pela significação. Todo fechamento do significado pode colocado em questão por outro fechamento – uma forma particular de fazer ser um mundo para si, uma forma particular de interpretar ou dar sentido ao que se apresenta - não para em nada chegar, mas a uma outra maneira de interpretar ou dar sentido.

² Poder-se-á descentrar o eu entre a mesmidade e a ipseidade na sincronia (meta)relacional da identidade com a alteridade (tanto em seus aspectos quantitativos como qualitativos) e a percepção da permanência substancial e persistente de si-mesmo numa sucessão de situações.

categorizações de linguagem. Aqui se articula em particular qualquer enredo sobre liberdade e o bem comum: o que realizamos com o real, conquanto a realidade seja sempre uma realização do real.³

Sintagma é um elemento lingüístico que estrutura a sintaxe e a semântica (possibilidade de sentidos). Sintaxe é a articulação lógica das palavras num discurso. O imaginário materializa os significados dessa articulação lógica dos significantes num fechamento (totalização) de mundo para que apareça um discurso sobre ele. A sintaxe é na relação com o sintagma o que torna inteligível a unidade imaginária de um texto. A ordem sintagmática, no entanto, admite a refiguração imaginária de todos os componentes suscetíveis de configurarem uma semântica da ação prática num quadro paradigmático. Essa passagem do paradigmático ao sintagmático é a atividade de configuração e a refiguração admite uma passagem do sintagmático a outro paradigma. Esse ato configurante consiste em considerar o desenrolar da história numa intriga literária; dessa diversidade de acontecimentos, se perceber uma unidade temporal como retenção pelo tecido do enredo. Há aí então um fechamento em uma (meta) narrativa, mas esse enredamento do outro numa relação já deu conta desse acontecimento originário da ipseidade: todo mostrar-se é um acontecimento em seu próprio tempo e linguagem; o tempo todo e em qualquer linguagem, só se mostra, quando também se esconde. Revelador é o trânsito de mostrar-se e esconder-se; uma revelação é necessariamente relacional, comunitária, cooperativa e dialogal.

Em 1908, Gilbert Keith Chesterton (1874-1936) teve publicado seu livro *Ortodoxia* (2008). Há nesse livro um capítulo intitulado *Ética da Terra dos Elfos* (pp. 47-68), de onde foi extraído um fundamento para a saga da Sociedade do Anel, escrito por seu amigo John R. R. Tolkien. Trata-se da felicidade condicional (p. 57). A prática do bem se mostra diante de uma condição. Mesmo numa narrativa marcadamente fantasiosa, mostrar-se-á uma ética, quando uma dádiva ou um poder apoiarem-se num veto. A felicidade depende do reconhecimento de limitações, mesmo quando não

³ À propósito do pensamento de Heráclito de Éfeso, Carneiro Leão (2010) irá lembrar que ele não é uma conquista. Não há qualquer processo ou ponderação, só o súbito. E que todo processo, todo gradiente que se apossa do pensamento já é alguma artimanha do raciocínio: “*Pensar o real em sua realização originária é tecer a realidade nas peripécias de sua vigência e nas vicissitudes de sua irrupção*” (p. 125).

identificamos uma razão ou um motivo para elas. Há bondade na liberdade que encontra manifestação num sentido material de sustentabilidade. Faço o que quero, porque posso. Mas atento para a existência de interdições para o meu poder-querer, sem o quê aciono inexoravelmente uma chave trágica da existência. Um fim feliz está sempre sustentado por alguma contenção de si, senão há uma reversão axiológica (*hybris*) a emergir um sentido trágico das condições primordiais da condição humana: destinação e finitude (*métron*).

O reconhecimento da relação polar entre essas condições primordiais e a sublimação/temperança (*eudaimonia*) na constituição do ser humano não necessariamente passa pela função ou motivação ou por alguma razão a ser descoberta, mas pela percepção originária da ipseidade diante de uma conformidade que dá a oportunidade para todos vivenciarem uma empatia fundamental entre o *ethos*, o *pathos* e o *logos*. Vivência esta que faz aparecer o bem comum compartilhado no pertencimento à *polis*.

Num movimento de redefinição da identidade, entes cooperativos passaram a reivindicar para si uma terminologia própria: cooperativas financeiras, cooperativismo financeiro e sistema financeiro cooperativo⁴. Essa mudança no “cartão de visita” explicitou razões mercadológicas e não evidenciou interesse por fundamentação, pois o logos esteve voltado a um projeto funcional. É claro que isso não denotou, por si mesmo, algum desprezo à principiologia corrente desde as formulações da Aliança Cooperativa Internacional⁵. Ao contrário, é ilustrativo um “feixe de diferenciais estruturais e de propósitos [que] projeta uma clara distinção entre as instituições financeiras cooperativas e bancos” tal como proclamado por Enio Meinen e Ronaldo Gaudio em coautoria do artigo intitulado Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro.⁶ Não é por alguma deficiência que o artigo demonstre muito mais diferenças de propósito do que de estrutura, se se entende por isso o que aparece, “dissolvido” o homem. Pela expressão “dissolução do homem”, admite-se que o aparecimento de uma estrutura só acontece para o pensamento, se esse ente (ser humano), enquanto tal,

⁴ Conferir: *Portal do Cooperativismo Financeiro*, acesso em 19 de fevereiro de 2016. www.cooperativismodecredito.coop.br

⁵ Uma análise axiológica da principiologia da Aliança Cooperativa Internacional foi empreendida por Juan Luis Moreno e publicada em forma de artigo pela Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, editada pela CIRIEC-Espanha em 2014 (n° 25) sob o título “*Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional*”.

⁶ *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*. n° 49 (2015), Bilbao, pp. 161

não for o tema central, mas antes aquilo que se apresenta e que escapa à consciência. Uma estrutura (inconsciente) aparece para o pensamento, quando o ser humano nele se retrai.

Se a legitimação da cooperativa financeira aparece, por exemplo, em sua diferença aos bancos pelo propósito da inclusão financeira de pessoas de alguma região sem acesso pleno a serviços dessa natureza, trata-se de uma solução *pela* cooperativa. Mas, a otimização da eficácia competitiva das cooperativas no mercado financeiro para aqueles que já estão incluídos por iniciativa de gerações passadas à ordem econômica desde a existência centenária de cooperativas de crédito no Brasil⁷, aí já é uma solução *para* cooperativa. Não é acaso que a terminologia *cooperativa financeira*, em seu próprio *logos*, reforça o alinhamento concorrencial desses entes com os empresariais diversos que fazem funcionar o mercado financeiro e são usualmente denominados como instituições financeiras - universo em que os fundos globais de investimentos ocupam uma posição mais que proeminente - verdadeiramente se revestem de uma imagem icônica. Mais do que uma questão de diversidade de propósitos, há uma questão de imaginário que se mostra numa descontinuidade de discursos cuja diacronia se apresenta como explicação no texto de Sigismundo Bialoskorski na epígrafe deste artigo⁸.

Longe de criticar essa opção estratégica pela mudança no cartão de visita, o propósito deste artigo é indagar pelas implicações de racionalidade nas relações de identidade e diferença que tensionam o fazer de uma justiça possível e que podem ser ilustradas no quicá mais relevante julgamento da década passada em Tribunal para esses entes cooperativos. Este julgamento se deu por causa de um litígio em que o último voto proferido foi memorável por um jogo de palavras entre pães, gatos, cooperativas e bancos. É que o Ministro ocupou significativa parte de seu pronunciamento dissertando sobre gatos em seus contextos doméstico e arquetípico. Isso para se conduzir à culminância de seu voto através das reminiscências de sua infância: nas madrugadas frias, seu gato buscava conforto na cozinha. Conclusão: *“Não por um gato dormir num forno quente que amanhece pão. Cooperativa é cooperativa; banco é banco.”* Importa questionar: o que estava em jogo e

⁷ É o caso da SICREDI Pioneira RS.

⁸ Sigismundo Bialoskorski, *Economia e Gestão de Organizações Cooperativas*. (2ª ed. São Paulo : Atlas, 2012), p. 148

suscitou o então decano da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da divergência entre seus pares sobre o tratamento jurídico adequado ao caso, a partir de uma narrativa, sintetizar seu voto numa formulação argumentativa $A=A.B=B \rightarrow A \neq B$?⁹

Tanto mais relevante para o Direito Cooperativo se torna a indagação, quando a posição jurisprudencial uniformizada por aquele famoso julgamento, dez anos após, foi abalada por um outro julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral sobre a mesma matéria de lei, no qual a singularidade das cooperativas face aos agentes de mercado foi colocada em xeque no que se refere aos seus significados operacionais. O Min. Luiz Fux, presente em ambos os julgamentos, votou favoravelmente em ambas as teses opostas. E como ele justificou isso? *“Trago uma mudança de concepção (...) na gênese do cooperativismo havia realmente essa ideia de solidariedade, mas que já avançou e muito. (...) Embora eu tenha achado muito sugestiva aquela afirmação (...) de que gato é gato, pão é pão; banco é banco e cooperativa é cooperativa, a verdade é que hoje há uma cortina de fumaça que não nos permite ver aquela velha cooperativa de outrora nas cooperativas de hoje.”*¹⁰

Ora, uma evidência de que uma questão de imaginário social instituinte¹¹ perpassa ambos os julgamentos é o aparecimento da neologia *neocooperativismo*¹², que no tempo em que se reivindica a identidade *cooperativa financeira*, expressa com ela uma relação tensa, eis que o neologismo se presta à reivindicação de alteridade por entes cooperativos que recusam uma subordinação de sua própria identidade ao *logos* do

⁹ REsp 591.298/MG e REsp 616.219/MG. Sessão de julgamento em 27.10.2004.

¹⁰ RE 598.085-RG e RE 599.362-RG. Sessão de julgamento em 05.11.2014

¹¹ “É impossível manter uma distinção intrínseca do social e do histórico... O social é isso mesmo, auto-alteração, e nada é senão isso. O social faz-se e só pode fazer-se como história... O histórico é isso mesmo, auto-alteração desse modo específico de ‘coexistência’ que é o social e nada fora disso.” [Cornelius Castoriadis, *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. por Guy Reynaud (São Paulo: Paz e Terra, 1995), 252]. O imaginário é a margem de indeterminação característica do ente social-histórico (instituição) em sua compreensão diacrônica. O acesso cognitivo e formal a essa margem só é possível por significação (relações sincrônicas entre significado e significante) imbricadas no que “se dá como sentido indiscutível e indiscutido, suporte das articulações e das distinções do que importa e do que não importa, origem do aumento da existência dos objetos de investimento prático, afetivo e intelectual” (Castoriadis, *A instituição...*, 175).

¹² Everton José Helffer Cf. de Borba, << *A natureza jurídica especial do ato cooperativo solidário como forma de realização de políticas públicas de inclusão social realizadoras de direitos fundamentais: Um estudo de interseções entre o público e o privado*>> (Tese doutoral depositada no Programa de PósGraduação em Direito; Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa em Diversidade e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Orientador: Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Defesa: 2013).

mercado financeiro, quando assumem sua afinidade com a economia solidária. Sintomático que o neocooperativismo se afirme resgatando uma identidade originária que, de certo modo, é perdida pelas cooperativas que mudam seu cartão de visita¹³.

Se lembrarmos que Parmênides e Heráclito têm em comum a identidade e diferença como preocupação com a qual erigiram há 26 séculos uma linguagem que deslizou dos mitos para dizerem verdades, o sintoma insinua que a racionalidade está em jogo¹⁴.

A IMPORTÂNCIA DO IMAGINÁRIO SOCIAL INSTITUINTE NO JOGO DA AXIOLOGIA PARA O DIREITO COOPERATIVO EM SUA CORRELAÇÃO COM O DIREITO PENAL ECONÔMICO

O sintoma que insinua a axiologia em jogo também aparece em significativa reviravolta na jurisprudência brasileira que trata da cláusula de unimilitância contida (há alguns anos atrás) nos estatutos de cooperativas operadoras de planos de saúde. Por ela, um médico cooperado não poderia ser infiel à sua cooperativa, isto é, credenciar-se para o atendimento de usuários de planos de saúde ofertados em concorrência aos da sua cooperativa sem ser passível de sanção ético-disciplinar (no limite, sua

¹³ No REsp 1.141.667/RS, declarado representativo de controvérsia, as hipóteses tributárias objetos das decisões nos REsp 591.298/MG e REsp 616.219/MG voltaram à pauta da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no dia 27/04/2016, agora para interpretar a repercussão dos julgamentos dos RE 598.085 e 599.362 pelo Supremo Tribunal Federal. Foi fixada a tese de que não incide a contribuição destinada ao PIS/COFINS sobre os atos cooperativos *típicos* realizados pelas cooperativas. A expressão *típico* indica um esforço de compatibilização entre os precedentes do próprio STJ e a reviravolta do STF. Por que o STJ preferiu esforçar-se numa interpretação de compatibilização dos precedentes para manter afastada a tributação, ao invés de simplesmente reconhecer na reviravolta do STF uma mudança de orientação jurisprudencial em sentido inverso? O que pode significar o *lead case* escolhido ter como contribuinte uma cooperativa de citricultores ecológicos? O Min. Napoleão Nunes Maia Filho, para proferir seu voto condutor, encontrou na diferença entre *Sovkhoz* e *Kolkhoz* uma introdução para polarizar essa expressão *típico*.

¹⁴ A respeito do percurso da filosofia para a compreensão da identidade e da diferença, Martin Heidegger proferiu três conferências entre 1955 e 1957. A primeira conferência é uma resposta à pergunta *O que é isto - a Filosofia?* A segunda conferência, a partir da expressão de Platão *oukoun autòn hékaston toin mèn dyoin hétéron estin, autò d' heautò tautón*, discorre sobre o princípio da identidade. E a terceira conferência aborda as diferenças entre sua própria escrita e a de Hegel a partir de três perguntas: Qual é o objeto do pensamento? Qual a medida para o diálogo com a história do pensamento? Qual o caráter deste diálogo? As três conferências foram traduzidas para o português por Ernildo Stein e publicadas reunidas [Martin Heidegger, *Que é isto - a filosofia; identidade e diferença*. Trad. por Ernildo Stein. (São Paulo: Duas Cidades, 1978)]. Especificamente sobre Parmênides e Heráclito, Emmanuel Carneiro Leão, que fora orientado pessoalmente por Heidegger, se tornou notável leitor do grego arcaico [*Filosofia grega* (Teresópolis: Daimon, 2010), 119-192].

eliminação dos quadros da cooperativa). A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (que uniformiza a jurisprudência acerca da legislação de direito privado) declarou reiteradamente a legalidade da cláusula¹⁵. Entretanto, a 1ª Seção do STJ (que decide sobre matéria de direito público) posteriormente não só firmou entendimento oposto¹⁶, como impactou as decisões posteriores proferidas pela 2ª Seção¹⁷. Essa mudança de orientação jurisprudencial suscitou perplexidade como se fosse um problema de incompreensão (pela magistratura brasileira) da sociedade cooperativa “*enquanto extensão de seu associado*”¹⁸. Em todo caso, o desfecho do conflito foi este: a Unimed do Brasil Confederação Nacional das Cooperativas Médicas e mais 38 cooperativas operadoras de planos de saúde firmaram em 20.03.2013 um Termo de Cessação de Conduta homologado pelo plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (autoridade antitruste) em sua 18ª Sessão Ordinária de Julgamento, no qual essas cooperativas renunciaram à cláusula estatutária de unimilitância.

Trata-se tanto de incompreensão essa mudança de orientação jurisprudencial, quanto de autopoiese do Direito¹⁹ nos regimes de *private governance* e de policontextualidade. Em outras palavras, dessa descontinuidade da orientação jurisprudencial emerge uma diferença no Nada²⁰ entre as expressões *cooperativa* e *empresa cooperativa* e cujo vestígio pode se encontrar na citação de Sigismundo Bialoskorski posta como epígrafe deste artigo. Desse abismo sem fundo na identidade das cooperativas, surge a percepção de que as *empresas cooperativas* podem obter domínio de um mercado local de prestação de serviços essenciais à população (saúde),

¹⁵ É o caso do REsp 367.627-SP, pela Terceira Turma, em votação unânime, em acórdão publicado em 24/06/2002.

¹⁶ REsp 1.172.603 RS, 2ª Turma, decisão unânime, publicado em 12/03/2010.

¹⁷ EREsp n. 191.080/SP, Corte Especial, publicado em 8/4/2010

¹⁸ O comentário de Mario de Conto intitulado *A Cláusula de exclusividade nos estatutos sociais das cooperativas no Direito brasileiro*, [Deolinda Aparício Meira (coord.). *Jurisprudência cooperativa comentada*. (Lisboa : Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2012), 38] traz a seguinte conclusão: “*a doutrina e jurisprudência pátrias [brasileiras] têm dificuldades de compreender a sociedade cooperativa enquanto extensão de seu associado, onde as relações jurídicas são comunitárias, e não bilaterais; onde os interesses são convergentes, e não conflitantes*”

¹⁹ “A teoria da Autopoiese não busca ‘fundamento’ do direito: fornece um ‘modelo’ de organização do direito positivo. Esse modelo é a auto-organização de uma ordem sistêmica. Tal postura não deixa de evocar a metáfora proposta por R. Dworkin do ‘romance escrito em corrente’: aí a regra de ouro é respeitar o ‘princípio de unidade do todo’, aquela que constitui a ‘corrente do direito’” (Simone Goyard-Fabre, *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. por Claudia Berliner. (São Paulo: Martins Fontes, 2007) 224-225.

²⁰ Não se trata de uma simples ausência, mas de um velamento do ser em um horizonte de indistinção. Daí porque grafado com uma letra maiúscula.

que não é cooperada, mas é usuária dos seus respectivos planos de saúde. Nessa percepção, a cooperação tem invertida a sua polaridade axiológica pela aplicação da teoria econômica dos oligopólios. A cooperação passa a ser expressão de desvalor e então é percebida como um comportamento perigoso mais preocupante que um cartel (conduta tipificada criminalmente) para o bem estar social. Pelo princípio das portas abertas, as *empresas cooperativas*, no limite, se bem sucedidas em seus propósitos, constituem-se então num comportamento de concentração econômica tendente ao monopólio ou monopsonio: a convergência de interesses se refere ao grau de aproximação entre o interesse estritamente individual e o interesse coletivo em que a colusão tácita é resultado dessa convergência²¹.

Esta questão axiológica aponta para um potencial desajuste entre o Direito Cooperativo, o Direito Concorrencial e o Direito Penal Econômico na percepção de diferentes significados axiológicos do princípio das portas abertas.²² O cartel é crime contra a ordem econômica tipificado no Brasil pela Lei 8.137/1990, art. 4º com redação dada pela Lei 12.529/2011. Há dois incisos para dar redação ao tipo: abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; e formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas ou em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

O fato da redação do tipo ter sido dada pela Lei 12.529/2011 já o remete ao conjunto dos ilícitos caracterizados no Direito Concorrencial. Afinal, essa Lei reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

²¹ Ivo Teixeira Gico Jr, *Cartel: Teoria unificada da colusão* (Lex: São Paulo, 2007), 304.

²² “La afiliación abierta a todas las personas implica que no debe existir un umbral muy alto para convertirse en miembro. (...) Las responsabilidades de la afiliación requieren un énfasis constante, aunque los miembros deberán asumirlas libre y voluntariamente. Por ejemplo, una cooperativa agrícola puede exigir a sus miembros que firmen contratos de uso exclusivo por los que se obligan a comercializar las cosechas, a comprar insumos de la cooperativa y a utilizar su maquinaria agrícola. Estas responsabilidades del usuario refuerzan la competitividad de las cooperativas al generar poder de mercado. Las cooperativas tendrán que cumplir con la legislación nacional en materia de competencia y antimonopolio, pero esas mismas leyes que restringen la competitividad de las cooperativas pueden, a su vez, distorsionar la libertad de los mercados.” << *Notas para orientación para los principios cooperativos*>> Alianza Cooperativa Internacional, acesso em 17 de fevereiro de 2016, 2015:5-6, <http://ica.coop/sites/default/files/attachments/Guidance%20Notes%20ES.pdf>.

Pertinente então indagar pelos sentidos da criminalização de um único tipo de conduta dentre as várias condutas antinormativas sujeitas às sanções administrativas ministráveis pelo Sistema de Defesa da Concorrência. E por esses sentidos investigar a ambiguidade da cooperação, ora como um bem jurídico reconhecido pela Constituição Federal Brasileira em cláusula pétrea (art. 5º, XVIII²³) na ordem econômica (arts. 174, §2º, 187, VI e 192²⁴) e ora como desvalor, conquanto seja suportado por condutas anticoncorrenciais, já que a concorrência também é um bem jurídico (arts. 146-A, 170, IV e 173, §4º)²⁵.

A questão se torna tormentosa para o Direito Penal Econômico na medida em que sociedades cooperativas, agentes típicos da cooperação na ordem econômica, mercedores do fomento e estímulo programado pela

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

²⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

.....
§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

.....
Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

.....
VI - o cooperativismo;

.....
Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

²⁵ Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

.....
Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
IV - livre concorrência;

.....
Art. 173.....

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

norma constitucional brasileira, podem visar e obter domínio de mercado mediante atos cooperativos (CF, art. 146, III, c)²⁶ com os quais se consubstanciam acordos que, na prática, mitigam rivalidades entre agentes situados num corte horizontal de um mercado local ou regional, de modo que estes agentes, na condição de cooperados, potencial ou efetivamente logram a obtenção de resultados econômicos superiores aos que obteriam nesse mesmo mercado sem a presença da cooperativa, quando esta precifica por conta de seus sócios e adota estratégias para oferta de bens produzidos por seus cooperados ou por serviços por eles prestados (cooperativas de vendas em comum, seja de produção ou serviços, particularmente as previstas na Lei 12.690/2012, inclusive aquelas mencionadas no parágrafo único de seu art. 1º)²⁷.

Ora, a obtenção de resultados econômicos superiores é exatamente o objetivo de toda e qualquer cooperativa; objetivo esse legitimado pela ordem econômica constitucional. Evidentemente num sentido próprio que o emérito Prof. Pontes de Miranda percebeu. Ainda quando da vigência do vetusto Decreto 22.239/32, primeiro diploma jurídico rochdaleano no Brasil, ele já expunha a eidética da cooperação na ordem econômica:

²⁶ Art. 146. Cabe à lei complementar:

.....
III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

.....
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

²⁷ Art. 1º A Cooperativa de Trabalho é regulada por esta Lei e, no que com ela não colidir, pelas Leis nos 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 -Código Civil.

Parágrafo único. Estão excluídas do âmbito desta Lei:

I - as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde suplementar;

II - as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho;

III - as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos; e

IV - as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento.

Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

.....
Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

I - de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e

II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

Há algo de defensivo, de pré-eliminatório dos que teriam por fito ganhar, por falta de cooperação entre os sócios da cooperativa. O que caracteriza a cooperativa é essa função de evitamento do que outros ganham com o que o sócio da cooperativa paga a mais, ou recebe de menos.(....)

“O que a cooperativa consegue eliminar é vantagem para os sócios, quer eles paguem o que resultou da atividade cooperativa, isto é, preço abaixo do preço corrente do mercado, ou recebam acima do preço corrente do mercado; quer eles paguem o preço corrente, ou recebam pelo preço corrente, e lhes seja prestado, por divisão do ativo, o que lhes toca pelas diferenças. (...)

“O método de atividade na sociedade cooperativa, consiste na prática de atos que diminuam o custo da produção, de jeito a haver vantagem para os sócios, que são os consumidores, ou que levem à obtenção de melhor preço para os produtores, pois os produtores são os sócios, ou a conclusões de empréstimos com menores interesses.”²⁸

Em outras palavras, importa perguntar: quais os sentidos de identidade e diferença entre cooperativas e cartéis? A teoria do delito, quando aplicada à tipificação do cartel contribui para a sua distinção de condutas cooperativas mais do que toleradas pela ordem econômica, porque garantidas expressamente por cláusula pétrea, bem como os comandos constitucionais estão voltados para o adequado tratamento, fomento e estímulo? Se positivas as respostas às indagações, então em que medida a tipificação é capaz de discernir essa conduta de modo a preservar os probos da sombra de um estigma, ao mesmo tempo em que protege a concorrência como bem jurídico acolhido junto à seara criminal?

De todas as manifestações da cooperação suportada por condutas ilícitas, há aquelas que aparecem em regras disciplinares adotadas estatutária e regimentalmente pelo quadro societário de sociedades cooperativas que podem potencialmente exercer domínio de mercado por força do princípio das portas abertas²⁹. Essa disciplina atenua as rivalidades entre os integrantes

²⁸ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Vol 49. (Rio de Janeiro, Borsoi, 1972), 431-432.

²⁹ Ver nota de rodapé 20.

do grupo³⁰. Nesta seara, a cooperação é encarada como colusão - o desvalor da concorrência como bem jurídico.

O que há em comum entre a cooperativa e o cartel é a convergência de interesses como sentido da cooperação. A aproximação possível entre o cartel e a sociedade cooperativa que logra domínio de mercado coloca em xeque a caracterização jurídica de um acordo entre concorrentes, pois a sociedade cooperativa é constituída mediante um contrato (Lei 5.764/71, art. 3º)³¹. Em outras palavras, num contexto oligopolístico, como distingui-la com segurança da colusão expressa, sobretudo quando é posta pela legislação brasileira a possibilidade de criminalização da conduta *hard core*³²?

O cartel é sempre uma conduta tendente à dominação de mercado praticada conjunta e coordenadamente por concorrentes. Essa prática interessada, convergente, conjunta e coordenada pode ser tomada por cooperação ilícita. Assumindo que o objetivo do cartel é uma conduta uniforme, mas não confusa dos agentes econômicos no mesmo horizonte (acordo horizontal), o cartel se diferencia da cooperativa, quando esta “absorve” seus cooperados. Ou seja, a cooperativa é a personalidade jurídica de uma estrutura organizacional resultante da cooperação dos agentes nela organizados. O cooperado deixa de existir como ente autônomo e, assim, a

³⁰“(…)As regras de concorrência alteradas induzem modificações anticoncorrenciais no equilíbrio não-cooperativo de mercado. Em resumo, as regras da concorrência são alteradas e o escopo da concorrência é restringido. (…)

“Tais práticas envolvem a adoção de restrições endógenas, isto é, sobre o próprio corpo coludente. (….) A experiência internacional mostra que tais condutas podem ser elaboradas e impostas por poucos ou milhares de agentes econômicos (…)

“As condutas colusivas nesses casos permitem que os agentes cartelizados isolem-se parcialmente uns dos outros, estabelecendo microssegmentos de mercado dentro dos quais cada integrante terá maior liberdade para impor preços. Esse isolamento parcial, ainda que não represente a aquisição de poder de monopólio, como no caso das colusões diretas sobre preços, resulta em benefícios anticompetitivos similares aos obtíveis com a aquisição coletiva e artificial de poder de mercado.

“(…) [A] colusão sobre regras é altamente danosa ao consumidor e à sociedade por:

a) gerar perdas estáticas decorrentes do menor nível de produção em relação ao mercado competitivo;
b) resultar na potencialização da expropriação do consumidor;
c) gerar perdas dinâmicas representadas pela alocação de recursos em práticas excludentes, bem como pelos custos envolvidos na implementação e manutenção do mecanismo de discriminação e prevenção da arbitragem” Gico Jr, Cartel: Teoria ..., 469-471; 492-493.

³¹ Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

³² No PA 08012.002127/2002-14, o então Conselheiro do CADE Luiz Carlos Delorme Prado definiu os cartéis *hard core* como aqueles institucionalizados (com um propósito permanente e que contam com um suporte substancial para uma prática sistemática), o que aumenta a ofensividade em virtude da sua maior eficácia instrumental na prática do ilícito.

cooperativa se reveste de um modo próprio de concentração, embora não prevista na legislação brasileira como sujeita ao controle prévio da autoridade antitruste³³. Porém, comportamento e estrutura podem ser conceitos conjugados de uma mesma realização econômica. Portanto, diante de casos concretos sob exame, nem sempre será bastante distinguir uma conduta de uma estrutura com um argumento lógico-formal. A incerteza continuará aproximando a cooperativa do cartel.

Do ponto de vista teórico-conceitual, um critério distintivo do cartel de uma cooperativa poderia ser operacionalizado a partir da tendência à dominação do mercado por fundamento. Por essa lógica argumentativa, uma cooperativa não poderia licitamente levar à dominação de mercado. Ainda que lograsse alguma eficiência econômica, ela seria anulada por um comportamento semelhante ao oligopólio e os cooperados não teriam incentivo racional que os levassem necessariamente a compartilharem as eficiências com os demais atores do mercado. Em particular, aqueles que estivessem na ponta oposta da cadeia produtiva (oposição mercadológica de interesses econômicos). Nessa toada, cartel é acordo expresso entre concorrentes envolvendo parte substancial do mercado relevante por meio do qual esses entes econômicos se apoderam de variáveis concorrenciais relevantes (restringem a concorrência) com efeito potencial ou efetivo no aumento de preços ou ganhos marginais em níveis mais próximos do oligopólio. Neste caso, a cooperativa, ou envolve apenas parte pouco relevante dos atores horizontais de um mercado relevante, ou se restringe à agregação de eficiências produtivas ou tecnológicas. Porém, o princípio das portas abertas pode ser facilmente tomado como evidência de uma tendência à dominação do mercado, se, por exemplo, os cooperados atuarem em um mercado que por suas características seja inelástico (demanda tendente à

³³ Lei 12.529/2011:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

.....
§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

maior estabilidade que a variação de preços); ou apresente significativas barreiras para a entrada de novos agentes; admita uma estrutura simples de custos; ou lide com produtos ou serviços tendentes à homogeneidade; permita que o quadro social da cooperativa seja homogêneo (os cooperados tenham muitas características em comum), pequeno (integrado por poucos cooperados, mas que têm conjuntamente uma participação significativa no mercado), ou estejam em contato frequente uns com os outros ou simultaneamente em diferentes mercados.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vem lidando freqüentemente com o comportamento cooperativo na defesa profissional em mercados locais verificados em todo o território nacional. O Relatório de gestão e correição da Procuradoria-Geral do CADE no biênio 2006/2007 dá conta de que quase três quartos dos processos administrativos punitivos julgados no CADE referiam-se, de um modo ou de outro, a cooperativas ³⁴.

Há dois temas recorrentes nesses processos: a imposição da exclusividade operacional a cooperados à guisa de fidelidade societária, mais especificamente uma unimilitância profissional (médicos) e a uniformização de preços, mais especificamente a adoção da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos - CBHPM, editada pelo Conselho Federal de Medicina (um ente da administração pública na forma de autarquia federal) em conjunto com a Associação Médica Brasileira, entidade de vocação científica e a Federação Nacional dos Médicos, entidade de vocação sindical.

Em 2015, o CADE publicou um caderno institucional com sua análise das condutas no mercado da saúde suplementar que se constituem como potenciais ilícitos. Das três condutas analisadas, duas se referem especificamente a cooperativas e uma é inerente à sua própria condição de existência nesse mercado. Nestes casos, a maioria dos médicos de determinada especialidade se organizam como cooperativa e passam a negociar com operadoras de planos de saúde ou o SUS apenas por meio da entidade, definindo valores homogêneos dos serviços médicos prestados por todos os cooperados. Apesar de reconhecer que o texto constitucional apoia e estimula a constituição e a atividade das sociedades cooperativas, afirma

³⁴ Ricardo Cueva, *Cooperativas na ordem econômica constitucional* (Belo Horizonte: Mandamentos, 2008), 73.

ser rotineira a imputação de responsabilidade por condutas anticompetitivas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a entidades assim organizadas.

Entre jun/1996 e mai/2015, dos processos administrativos concluídos no CADE, 40% resultaram em condenações e apenas 20% foram arquivados. Os outros 40% terminaram sem julgamento, porque as cooperativas firmaram Termos de Compromisso de Cessação. Da Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE nº 55/2014, que instaurou o procedimento administrativo 08700.001830/2014-82, se extrai a seguinte anotação do comportamento dos anestesiológicos:

O ponto fulcral da prática ora investigada versa sobre as supostas condutas da Febracan - Federação Brasileira de Cooperativas de Anestesiologistas e da SBA - Sociedade Brasileira de Anestesiologia, relativa à coordenação, em âmbito nacional, de um complexo esquema de acordos de não agressão entre grandes cooperativas estaduais e locais de anestesiologistas, bem como outras medidas incentivadoras e formadoras de conduta uniforme entre cooperativas, no sentido de diminuir a concorrência no mercado. Tal esquema teria como objeto e efeito uma cartelização, em âmbitos locais, estaduais e nacional, dos serviços médicos de anestesiologia, na forma de fixação de preços, divisão de mercados e outros.

As práticas anticompetitivas denunciadas:

- Buscar o monopólio os serviços de anestesiologia em mercados relevantes, cooptando parcela significativa dos médicos da localidade;
- Cooptar, inclusive, pessoas jurídicas e outras cooperativas e dificultar a formação de cooperativas independentes;
- Firmar acordos de não agressão de caráter impositivo com outras cooperativas, evitando a concorrência de cooperativas de outros estados e dificultando a contratação de anestesiologistas individualmente pelas operadoras de planos de saúde;
- Inviabilizar a concorrência na prestação de serviços médicos ao SUS, garantindo a inexigibilidade de licitações em razão da monopolização do mercado e dificultando a contratação de serviços de anestesiologia por meio de concursos públicos;

- Promover ameaças de descredenciamento em massa de planos de saúde e do serviço público de saúde, bem como paralisações, de forma abusiva, a fim de barganhar por honorários mais altos;
- Tabelar preços, inclusive para os serviços médicos prestados por fora da cooperativa, impedindo a concorrência efetiva entre a cooperativa e os médicos individualmente considerados.

O descritivo da Nota Técnica indica a possível existência de práticas criminosas dentre os vários ilícitos listados. Essas práticas são notadas com maior ênfase no PA 08012.003893/2009-64, no qual há o enquadramento no art. 36, §3º, I da Lei 12.529/2011³⁵. No Procedimento Administrativo 08012.000855/2010-93, é encontrado um parecer assinado pelo Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (quadriênio 1996-2000), Gesner de Oliveira, no qual ele parte da seguinte premissa (fl. 3241):

A caracterização da coordenação horizontal de preços é imediata em Cooperativas que têm como finalidade estatutária ou orientação majoritária a imposição de honorários e condições de prestação de serviços. De fato, sempre que estas Cooperativas obtiverem posição dominante em mercado relevante de sua atuação, seus estatutos e decisões cooperativas pela negociação concentrada e uniforme de honorários médicos se confundem com acordos explícitos de prática de cartel que, em condições normais, seriam suficientes para a condenação de per se pelo referido ilícito.

A acusação de cartel envolvendo cooperativas de especialidades médicas foi progressivamente assumindo relevância para o Sistema Brasileiro

³⁵ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

.....
§3º - As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

de Defesa da Concorrência na medida em que avolumavam as evidências de que esses especialistas conquistaram poder de mercado através de suas cooperativas, conquanto ocupam uma posição de força particularmente sensível na prestação de um serviço essencial (e portanto tendente à inelasticidade) à população numa prática tendente ao monopólio, se estes profissionais cooperados se desinteressam por quaisquer outros meios contratuais para o exercício da respectiva atividade profissional.

Enquanto isso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica quedava oscilante entre duas teses aparentemente opostas, quanto ao comportamento dos médicos organizados em cooperativas de especialidades médicas. Uma tese enxerga uma incoerência entre a aplicação antitruste e o próprio objetivo da política de defesa da concorrência na repressão ao comportamento, que pode ser entendido como o de mitigar assimetrias de poder na negociação entre os agentes³⁶:

Fossem todos os agentes - fornecedores, processadores, distribuidores e consumidores - numerosos e equivalentes em sua capacidade de influenciar os mercados, não haveria motivos para o controle do poder de mercado. Porém, raramente este é o caso. As organizações associativas que têm como propósito primário a coordenação de esforços de negociação - e conseqüentemente aumento do poder de barganha na compra e venda junto a grandes empresas - são arranjos que permitem equilibrar o poder de negociação entre as partes. Dessa forma, tais organizações respondem ao mesmo problema que deu origem às instituições de defesa da concorrência, a assimetria de poder, e, como estas, podem resultar em melhorias do bem-estar social. Como conseqüência, tais formas de cooperação não deveriam ser objeto de condenação prima facie, visto que podem atenuar os efeitos de poder de mercado pré-existente.

A outra tese enfatiza a insegurança em admitir em mercados já marcados pela presença de oligopsonios um comportamento orientado pelo princípio das portas abertas que identifica universalmente as cooperativas. Pois a observância do princípio das portas abertas é percebida pelas autoridades antitruste como comportamento tendente ao monopólio, uma

³⁶ Silvia F. de Almeida e Paulo F. de Azevedo, Aspectos jurídicos e econômicos das cooperativas de saúde, (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), 189.

vez que a cultura de cooperação se dissemina entre médicos especialistas de modo a não formarem, na prática, sociedades rivais entre si.³⁷

Em resposta a questões como essas, a Federal Trade Commission e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos elaboraram diretrizes que permitem identificar uma 'zona de segurança antitruste' para certas modalidades de associações entre médicos. Tal zona de segurança é definida consoante os seguintes critérios: a) imposição ou não de cláusula de exclusividade aos médicos cooperados; b) o compartilhamento de risco financeiros entre os cooperados; c) o poder de mercado da entidade. Não causam preocupações concorrenciais, salvo em casos extraordinários as associações de médicos que compartilhem riscos financeiros e, alternativamente, detenham 20% de participação no mercado relevante geográfico, sem impor exclusividade a seus membros, ou detenham 30% de participação no mercado relevante geográfico, mas não imponham exclusividade a seus associados.

(...) Acordos que não se enquadrem na zona de segurança, desde que não sejam entendidos como ilícitos *per se*, são submetidos a uma análise estrutural segundo a regra da razão. Nessa análise a avaliação das eficiências leva em conta, mais uma vez, a partilha ou não dos riscos financeiros decorrentes do acordo de concorrentes. Compartilhar riscos significativos é entendido como forte indício de que o acordo tende a gerar eficiências.

O debate no interior do Conselho Administrativo de Defesa Econômica com relação às cooperativas de especialidades médicas então sofreu o impacto do confronto franco entre este órgão, e o Conselho Federal de Medicina, também uma autarquia federal. Os objetos da controvérsia foram as formas de edição e aplicação da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM³⁸:

Embora a complexidade do problema esteja patente pelo volume de investigações e condenações já concluídas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, as autoridades brasileiras não foram capazes de orientar os profissionais e as entidades de classe quanto às condutas permitidas e vedadas à luz da legislação de defesa da concorrência.

A segunda [reflexão] é que, num cenário em que a elaboração de tabelas

³⁷ Cueva, Cooperativas na..., 82

³⁸ Ana Maria Melo Netto; Alessandra Lopes da Silva e Tainá Leandro, CBHPM: A conciliação..., 209-210.

de preços mínimos configura, em regra, violação à concorrência, a sobrevinda da tabela CBHPM depende fundamentalmente de ajustes que eliminem suas características potencialmente anticompetitivas, tais quais (i) a supressão das bandas que estabelecem limites inferiores de remuneração (deflator de 20%); (ii) a exclusão dos valores monetários dos portes e das UCO definidos e publicados pela Comissão Nacional de Honorários Médicos. A hierarquização, tão comemorada pela categoria médicas, possivelmente subsistirá licitamente à fúria antitruste como o principal atributo da CBHPM, já que não tem o condão de uniformizar preços praticados no mercado, uma vez que os portes e as UCO não expressam valores monetários, estabelecendo, apenas, uma ordenação dos procedimentos de acordo com as qualificações médicas necessárias para a sua realização.

A terceira reflexão é quanto à necessidade de as entidades médicas buscarem alternativas mais seguras para a sua atuação. As articulações da categoria, quer sejam de composição, quer de confronto, devem ser feitas com cautela, evitando-se especialmente as paralisações conjuntas, as rescisões coletivas e as deliberações que resultem em punição ou ameaça a médicos que decidirem não participar dos movimentos organizados.

A atenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência voltada às cooperativas de especialidades médicas no contexto do dissenso com o Conselho Federal de Medicina se deu, porque é do conhecimento do CADE através de seus procedimentos investigatórios levados a cabo por sua Superintendência-Geral que tais sociedades foram pontas de lança na adoção da CBHPM para a formação de preços em mercados locais de modo generalizado por todo o território nacional.

A posição reativa do CADE a essa conjugação da CBHPM e cooperativas médicas na estratégia de defesa profissional ficou patente então na decisão proferida no procedimento administrativo 08012.005101/2004-81, conforme consta do voto da relatora Conselheira Ana Frazão:

Com maior razão, então, não há como admitir a incidência do poder compensatório para justificar a conduta da FEMCOM - Federação Mineira de Cooperativas Médicas (atual Federação Nacional de Cooperativas Médicas - FENCOM) que, de acordo com seu site, reúne 44 cooperativas de especialidades e/ou de trabalho médico.

Ausente a disparidade na relação entre cooperativas e OPs, é forçoso reconhecer que, ao negociar honorários médicos em nome de suas filiadas, a FENCOM praticou infração à ordem econômica.

De fato, como ficou amplamente demonstrado quando da análise do conjunto probatório, a FENCOM era uma das entidades que integrava a Comissão Estadual de Honorários Médicos, não apenas negociando coletivamente o valor dos honorários, mas também participando da impositão da CBHPM e da coordenação de movimentos de boicote.

No processo administrativo 08012.001790/2004-55, julgado na 53ª sessão, aliás, a participação de cooperativas de especialidades nos movimentos de implantação da CBHPM e nos credenciamentos foi um dos critérios levados em consideração para concluir que a conduta dos representados havia extrapolado os limites do poder compensatório. Na ocasião, destaquei que o papel assumido por essas cooperativas na implantação da CBHPM, por orientação da própria Comissão Estadual de Honorários Médicos agravava a conduta dos representados, justamente por não haver qualquer assimetria que justificasse a intermediação do conselho profissional e das demais entidades médicas representadas na negociação dos valores cobrados por essas cooperativas.

Alinhados os conselheiros no sentido de inadmitir a coexistência de ações táticas coordenadas entre entidades de representação da categoria médica para a aplicação da CBHPM em mercados onde já operam cooperativas de especialidades médicas, considerando o avançado estágio de congregação dos especialistas nos quadros de suas cooperativas, em 2014, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica opinou aos conselheiros não somente pela aplicação de multas, mas pela adoção de medidas estruturais, como por exemplo, foi o caso no procedimento administrativo 08012.004420/2004-70:

Considerando-se o histórico de análise sobre a constituição e o funcionamento das cooperativas médicas, as atuais e constantes denúncias de abuso de posição dominante por essas entidades, bem como os efeitos negativos decorrentes das práticas das cooperativas médicas de anestesiologia, se faz necessário reavaliar o nível atual de enforcement contra as cooperativas que continuam a praticar condutas anticompetitivas, apesar das diversas condenações do CADE.

As condenações impostas até recentemente pelo Tribunal se limitavam, basicamente, na aplicações de multas às cooperativas e na obrigação de informar aos seus cooperados e à sociedade da pena imposta. Apesar dessas condenações, observa-se que continuam a chegar ao CADE, de forma contínua, diversas denúncias de práticas anticompetitivas envolvendo cooperativas de diversas áreas médicas. Portanto, torna-se imperiosa a adoção de outras medidas punitivas de forma a impedir que as condutas relatadas ao longo da nota não sejam reiteradas pelos agentes do mercado. Neste sentido, em vista da gravidade das condutas ora praticadas e da ineficácia de sanções meramente pecuniárias, recomenda-se ao Tribunal do CADE que, em eventualmente entendendo pela condenação da Representada, considere a possibilidade de aplicar outras sanções, com vistas a obstar de forma mais perene e efetiva práticas anticompetitivas tais como aqui relatadas. Eventuais sanções adicionais podem, inclusive, a depender das necessidades do caso, incluir a cisão da cooperativa condenada, além de outras medidas possíveis.

Neste contexto deflagrado entre as autoridades antitruste e as comunidades médicas por conta de suas práticas de defesa profissional, a criminalização da conduta (a atuação por meio de cooperativas) é uma hipótese que cabe numa estratégia de dissuasão implícita na expressão *outras medidas possíveis*, tal como empregada no P.A. 08012.004420/2004-70.

Os riscos devastadores de impacto em escala global para a qualidade de vida e dignidade de cidadãos e suas famílias asseguram a legitimidade do Direito Penal Econômico para que incrimine preventivamente condutas, isto é, antes mesmo que se consume um dano. Entretanto, resta em aberto os limites constitucionais a serem conformados na formatação desse Direito.

Em que medida, na prática, a cooperação pode ser tratada como ameaça pelo Direito Penal Econômico, sendo um bem jurídico reconhecível na ordem econômica constitucional particularmente manifesto em cooperativas, mesmo quando elas assumem uma posição de domínio de mercado a atrair uma preocupação a partir de uma leitura de tais realizações com o socorro da teoria dos oligopólios?

Essa é uma questão particularmente inquietante no contexto de um Direito Penal de Perigo, na qual a imputação objetiva é aplicável. Pois, por outro lado, pode ser bastante duvidoso esse emprego se se tem por preocupação a integridade do texto constitucional.

A Constituição positiva a consideração penal em face a bens jurídicos, em particular a concorrência, para a qual se pode propor a antecipação da tutela penal. Restam relativizadas as garantias de intervenção mínima, subsidiariedade ou de *ultima ratio* pela necessidade de prevenção ao dano ante a sua lesividade. Nem por isso pode-se descartar a ideia de que, sendo a pena essencialmente um estigma, o Direito Penal lida com um mal a ser administrado em situações carentes de resolução de outra maneira. Ou seja, o confronto entre liberdade e segurança só torna admissível a criminalização, se o bem jurídico que prestigia for posto em risco. Mas, e quando o bem jurídico, no caso, a concorrência, é encarada em risco pelo comportamento que se crê, em outra perspectiva do Direito, também validado como bem jurídico, a cooperação?

A ponderação entre a cooperação e a concorrência na ordem econômica constitucional coloca então em xeque o conceito abstrato em formulação *ex ante*, em favor da permanência de uma abordagem *ex post*, de modo que a incriminação só possa ser legitimada quando, de fato, a conduta, num caso, for manifestamente lesiva, o que recupera a culpabilidade para o problema.

Em outras palavras, assumindo a lesividade como essência axiológica constitucional do delito, para a atividade jurisdicional isso importa em um dever de excluir a subsistência do crime, quando o fato, ainda que aparente em conformidade ao tipo, concretamente é inofensivo porquanto a conduta já se mostre consagrada, *in abstracto*, como tal³⁹.

Essa consideração é relevante, uma vez que o Direito Penal Econômico se utiliza de tipos de perigo em sua esfera de proteção. Isto é, se cria um anteparo criminal prévio à ocorrência do dano. Mas, por outro lado, é forçoso admitir que isso facilita, na prática, uma imputação de crime. Aí, diante da cooperativa, surge um problema: quais os limites a serem impostos à política criminal econômica-protetiva? Aí, o referendo de um Direito Penal de Perigo pode gerar discrepância quanto à verificação da lesividade da conduta incriminada.

A confluência da fenomenologia e do estruturalismo acerca da

³⁹ Francesco Palazzo, *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Por Gérson Pereira dos Santos (Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989), 79.

normalidade contrasta e introduz uma desconstrução⁴⁰ da abordagem⁴¹ que impregna a literatura e as operações do Direito Concorrencial e que acabam por óbvio influenciando o modo como a imputação objetiva da conduta de cidadãos se realiza em tutelas penais antecipadas num contexto que se utiliza da tipificação de condutas perigosas.

A organização de defesa coletiva por profissionais de alta qualificação (como é o caso de médicos especializados em procedimentos de alta complexidade em cooperativas de especialidades médicas com poder compensatório de mercado diante de um mercado imperfeito pelo oligopsônio na saúde suplementar e pela atuação do Estado no Sistema Único de Saúde) estabelecem uma ambigüidade que facilita a desconstrução ao tempo em que expõe o imaginário social instituinte existente no discurso de que o Direito Penal Econômico se mostra em tutela de um Direito Penal dos poderosos⁴².

⁴⁰ “Seja como for, na relação com outrem sempre estou em relação com o terceiro. Mas, ele também é meu próximo. A partir deste momento, a proximidade torna-se problemática: é preciso comparar, pesar, pensar, é preciso fazer justiça, fonte da teoria. Toda a recuperação das instituições - e a própria teoria - da filosofia e da fenomenologia - isto é, explicitar o aparecer - se faz, a meu ver, a partir do terceiro (...). O termo justiça aplica-se muito mais à relação com o terceiro do que à relação com outrem. Mas, na realidade, a relação com o outro nunca é só relação com o outro: desde já o terceiro está representado no outro; na própria aparição do outro, o terceiro já está a me olhar. Isto faz com que a relação entre responsabilidade para com o outro e a justiça seja extremamente estreita.(...)”

“Se só houvesse o outro diante de mim, diria até o fim: devo-lhe tudo. Sou para ele. E isto vale inclusive para o mal que me faz: não sou semelhante, estou par sempre sujeito a ele. Minha resistência começa quando o mal que me faz é feito contra um terceiro que também é meu próximo. É o terceiro que é a fonte da justiça e, por aí, da repressão justificada; é a violência sofrida pelo terceiro que justifica que se pare com violência a violência do outro. Emmanuel Levinas, *De Deus que vem à idéia*. Trad. por . Pergentino Stefano Pivatto et al. (Petrópolis, Vozes, 2002), 119; 120-121.

“Não posso esperar gratidão nenhuma, caso contrário, não haveria nada de hospitaleiro ou acolhedor em minha atitude. Isto é que, em “Direitos do Homem e Boa Vontade», Lévinas chama de des-inter-essamento da bondade ou bondade para com o primeiro que vem, que configura o direito do outro homem. Assim tanto a bondade como a justiça, não se delinham na expectativa do retorno, pois este seria a confirmação do círculo do mesmo. A mais precisa descrição deste ato encontra-se no pensamento de Lévinas sobre a obra. O sentido da obra é o outro: a obra, como o filho, é algo que vai de mim para o mundo, é algo de tão meu, não me pertence. É, assim, a real fecundidade - fecundidade que exige ingratidão, pois só assim surge o novo, o terceiro. A obra, que me escapa, configura aquilo que Derrida chama de «mais forte que a morte». Derrida diz: «Não posso e nem quero tentar medir em poucas palavras a «Obra» de Lévinas. De tão extensa, não se pode enxergar seus limites. E deveria começar-se por reaprender dele e de Totalité et Infini, por exemplo, a pensar o que é uma «Obra» - a fecundidade». Rafael Haddock-Lobo, *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : Fenomenologia e Direito* (Rio de Janeiro; TRF 2ª Região, 2008), 2011-2012:114.

⁴¹ “Nessa linha, a aplicação da teoria econômica terá sempre caráter instrumental na tentativa de identificação das estruturas de incentivos dos agentes econômicos (para previsão de comportamentos) e resultados socialmente indesejáveis (exercício valorativo) envolvidos na s colusões horizontais, para, então, se avaliar a adequação dos mecanismos jurídicos adotados” (Gico, *Cartel...*, 25.)

⁴² Bernd Schünemann, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Trad. por Teresa Rodriguez Montañéz (Madrid:Tecnos, 2002), 54.

Essa situação encontrada no mercado da saúde brasileira ilustra que “o lícito e o ilícito parecem, de certa maneira, cada vez mais próximos e, justamente, a necessária linha divisória de tais situações é que acaba por incrementar o problema”.⁴³ A possível criminalização da conduta dos médicos expõe a necessidade de uma atenta delimitação dogmática e constitucional ao Direito Penal de Perigo, a demandar mesmo o questionamento⁴⁴ da validade do Direito Penal Econômico como Direito Penal de perigo.

Essa possibilidade portanto exige acuidade quanto ao desvalor da ação e do resultado. Se o Direito Penal Econômico, na esteira do Direito Concorrencial admitir na tipificação do cartel um anteparo criminal prévio à ocorrência de dano, acaba por se facilitar imputações. O contraponto do Direito Cooperativo parece indicar que o princípio da lesividade deve ser entendido como da ofensividade, o que leva a uma necessidade de se ter por base uma vinculação entre a incriminação e a lesão para o bem jurídico⁴⁵. Ainda que a concorrência se mostre como bem supra-individual, o que demandaria figurações abstratas tão próprias da teoria econômica neoclássica, a cooperação na sociedade cooperativa é constitucionalmente tão importante quanto o bem que o Direito Penal, ao tipificar o cartel, pretende proteger.

Por isso, a conduta dos cooperados precisa ser apreciada consoante a sua lesividade no plano fático. Envolvendo cooperativas, a tipificação do cartel precisa ter lastro bastante seguro em regras de experiência. Nestes casos, a análise de um injusto típico *ex ante* só se completa com a comprovação *ex post* da lesividade, sob pena de sua invalidação.

⁴³ Renato de Mello Jorge Silveira, *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006), 13.

⁴⁴ “*Essa partitura toca-se num compasso a quatro tempos. Do lado do passado: a memória e o perdão; do lado do futuro: a promessa e o questionamento. A memória que liga o passado assegurando-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão que desliga o passado imprimindo-lhe um sentido novo portador de futuro, como quando no final de uma mudança de jurisprudência, o juiz se liberta de uma linhagem de precedentes tornados ultrapassados. A promessa que liga o futuro por compromissos normativos, desde a convenção individual à Constituição, que é essa promessa que a nação fez a si mesma. O questionamento que, em tempo útil, desliga o futuro com vista a operar as revisões que se impõem para que na hora da mudança as promessas sobrevivam. (...) [N]ão basta dizer que memória, perdão, promessa e questionamento estão envolvidos nas relações dialéticas, como se se tratasse de dimensões ligadas, mas, contudo, ainda separadas. É preciso ir mais longe e mostrar que é no próprio seio de cada uma delas que a dialética opera: há muito esquecimento na memória e muita memória no perdão; da mesma forma, há muita indeterminação na promessa e muita fidelidade na revisão.” François Ost, *O Tempo do Direito*. Trad. por Maria Fernanda Oliveira. (Lisboa : Instituto Piaget, 2001), 18-19.*

⁴⁵ Jorge Silveira, *Direito Penal Econômico...*, 161.

A cooperação suportada por cooperativas demanda uma interpretação do art. 173 da Constituição Federal Brasileira que reserva para o Direito Penal situações de *ultima ratio*, diante do risco de excesso por parte do Estado a afetar um bem jurídico tão relevante quanto a concorrência a ser defendida. O que impõe, diante das cooperativas, a ponderação de princípios constitucionais como a culpabilidade e proporcionalidade.

Enfim, a existência de um cartel é a inexistência de qualquer outro sentido para a seu aparecimento, senão a apropriação predatória das margens econômicas de um mercado.

Há uma identidade unitária entre anesthesiologistas organizados em cooperativas: são elas expressões econômicas de uma comunidade deontológica. Um anesthesiologista como *Zugehörigkeit zur Hanse* não pode ser tratado como mero detentor de participação de capital num mercado em que pode sair pela venda de seus ativos, quando a rentabilidade não lhe interessar mais. Não. Através das cooperativas que os médicos anesthesiologistas trabalham numa localidade. Eles exercem medicina. *Há uma promessa em jogo; um juramento feito*. Uma comunidade dos anesthesiologistas tem compromissos deontológicos com a população assistida na cidade e adjacências.

Isso tem impacto incontornável na compreensão do comportamento dessas expressões societárias. A ponto mesmo de negar-lhes uma configuração de sociedades empresárias. São sociedades simples. Porque a finalidade de qualquer cooperativa não é o lucro: todas têm como finalidade o trabalho dos médicos anesthesiologistas num mercado local. A esse respeito, não é aceitável que a autoridade antitruste ignore a distinção entre sociedades simples e as empresárias desde essa positivação no Direito Privado pelo Código Civil de 2002 sob a capitania de Miguel Reale e suas implicações para a aplicação do Direito Concorrencial.⁴⁶

Se uma comunidade deontológica age de modo excessivamente corporativo, é porque atua sem moderação à algo próximo do designado por essa expressão tipicamente alemã: *Zugehörigkeit zur Hanse*. Porém, isso não significa que uma comunidade dos anesthesiologistas tenha de vestir uma carapuça que não lhe serve: comunidades nunca formam cartéis.

⁴⁶ KRUEGER : 2005, pp. 61-110

Porque nenhum cartel é animado pelo sentido de *angehörigkeit* - um caráter sincrônico de *ser* e *pertencer* no exercício de atividade profissional de alta qualificação em uma localidade, o que traz sentidos de altivez e honradez para os anestesiólogos da cidade.

AS MADALENAS DE PROUST: SUA IMPORTÂNCIA PARA A IDEIA DE NORMALIDADE NA ANÁLISE DE ESTRUTURAS

Neste ponto emerge uma importância da obra de Marcel Proust para além da arte literária. Central em sua produção uma investigação fenomenológica da relação entre tempo e memória numa diferenciação significativa que o resgata do risco de um objetivismo advindo do fetiche moderno pelo passado como sempre superado pelo presente em direção ao futuro e assim totalizar o tempo. Essa diferenciação como resgate é “o tempo perdido” que identifica suas obras⁴⁷. Ela é assim apresentada por ele, a partir de suas madalenas⁴⁸:

Quantas vezes (...) não me pareceu ainda muito mais aflitivo que anteriormente não ter nenhum pendor para as letras e ver-me obrigado a renunciar de uma vez por todas a tornar-me um escritor famoso? Tanto me fazia sofrer esse pesar, enquanto me punha a cismar sozinho, um pouco afastado dos outros, que meu espírito, espontaneamente, em uma espécie de inibição ante a dor, deixava por completo de pensar em versos, em romances, em um futuro poético que minha falta de talento me vedava esperar. E então, muito fora de todas essas preocupações literárias e em nada ligados a ela, eis que de súbito um telhado, um reflexo de sol em uma pedra, o cheiro de um caminho, faziam-me parar pelo prazer único que me davam, e também porque pareciam ocultar, além do que eu via, alguma coisa que eles convidavam a colher e que me era impossível descobrir, apesar dos esforços que fazia. (...) Claro que impressões desse gênero não iam restituir-me a perdida esperança de me tornar um dia escritor e poeta, pois estavam sempre ligadas a algum objeto particular desprovido de valor intelectual e sem nenhuma relação com qualquer verdade abstrata. Mas, pelo menos me davam um prazer irreflexivo, a ilusão de uma espécie de fecundidade, e assim me

⁴⁷ No caminho de Swann, À sombra das raparigas em flor, O caminho de Guermantes, Sodoma e Gomorra, A prisioneiras, A fugitiva e o Tempo redescoberto.

⁴⁸ Marcel Proust, *No caminho de Swann*. 12ª ed. Trad. Mario Quintana. (São Paulo : Globo, 1990), 49,174-179.

distraíam da tristeza, da sensação de impotência que experimentava cada vez que me punha a buscar um assunto filosófico para uma grande obra literária. (...) [A]ssim iam se acumulando em meu espírito (como em meu quarto as flores que eu colherei durante os passeios ou os objetos que ganhara de presente) uma pedra onde brincava um reflexo, um telhado, um som de sino, um cheiro de folhas, imagens inúmeras e diversas debaixo das quais há muito tempo jaz morta a pressentida realidade, que me faltou vontade suficiente para descobrir.

Um dia, no entanto, (...) vi-me forçado, na falta de outra companhia, a recorrer à minha, tentando relembrar (...). E logo, como uma casca, romperam-se suas linhas e superfícies, mostrando-me um pouco do que ali se achava oculto, e tive um pensamento que não existia para mim um momento antes, que se formulou em palavras em minha cabeça, e isso de tal forma aumentou o prazer que havia pouco me dera a vista (...).

Sem confessar-me que aquilo que estava oculto (...) devia ser algo assim como uma bela frase, pois que aparecera sob a forma de palavras que me causavam prazer, pedi lápis e papel (...).

Jamais tornei a pensar em tal página, mas naquele instante, ao terminar de escrevê-la, (...), sentia que ela me havia desembaraçado tão perfeitamente (...) do que ocultavam atrás de si, que, como se fosse eu próprio uma galinha e acabasse de pôr um ovo, pus-me a cantar a plenos pulmões.

Mas, como pensar a relação proposta por Proust entre tempo e memória como estrutura diferente da relação entre tempo e passado? Uma resposta possível é dada a partir das reflexões de Andrea Bonomi acerca da ideia de normalidade ao empregar a fenomenologia em análise de estruturas. Por horizonte de segundo plano, toda e qualquer pesquisa tem possibilidades de construção de um enunciado: um conjunto de princípios formais que impõem restrições às escolhas combinatórias do escritor⁴⁹:

Exatamente pelo fato de incidirem sobre possibilidades, estes princípios operam a um nível abstrato, o que equivale a dizer que se aplicam a classes ou categorias mais do que aos membros efetivos dessas categorias, de modo tal que sua identificação deve traduzir-se

⁴⁹ Andrea Bonomi, *Fenomenologia e Estruturalismo*. Trad. por João Paulo Monteiro et al (São Paulo : Perspectiva, 2004), 162.

numa 'sinopse sistemática' do conjunto potencialmente ilimitado dos enunciados deriváveis de um número restrito de estruturas-base por combinação e transformação (...), é natural que tal formalização se oriente no sentido de uma algebrização da gramática.

Em comum entre Bonomi e Proust, há a distinção entre signo e ícone, conquanto o primeiro nada tem substancialmente em comum com o designado. Portanto pode designar algo que lhe é homogêneo como o que lhe for heterogêneo. Porém, a imagem refere-se à coisa por semelhança e diferença. Num objeto, a imagem já está mediada por alguma significação. Mas, o que é percebido como objeto, antes de aparecer num significado, já se entificou, isto é, está inserido pela atividade classificatória numa estrutura categorial. Portanto, é desejável que uma linguagem investigativa, em algum momento, saliente simultaneamente os traços formais e intrínsecos da expressão e os conteúdos cognoscentes sobre os quais opera a expressão. O significado de uma expressão não deve ser procurado fora da expressão. As expressões não se limitam a reproduzir estruturas temporais preformadas⁵⁰:

Portanto, o que é essencial à expressão e a diferença de sua função indicativa ou informativa (que são próprias, respectivamente, do sinal e da própria expressão enquanto sinal, isto é, em seu estatuto "comunicativo") é a presença de uma intenção significativa específica.

Tudo isso já coloca em questão as relações entre realidade, empatia e pensamento. E, mais uma vez, Proust, com suas madalenas, as apresenta⁵¹:

E acaso não era também meu pensamento um refúgio em cujo fundo me sentia oculto, até mesmo para olhar o que se passava fora? Quando via um objeto exterior, a consciência de que o estava vendo permanecia entre mim e ele, debruava-o de uma tênue orla espiritual que me impedia de jamais tocar diretamente sua matéria; esta como que se volativizava antes que eu estabelecesse contato com ela, da mesma forma que um corpo incandescente, ao aproximar-se de um objeto molhado, não toca sua umidade, porque se faz sempre preceder de uma zona de evaporação. Na espécie de tela colorida de diferentes estados, que minha consciência ia desenrolando simultaneamente enquanto eu lia e que iam desde as aspirações mais profundamente ocultas em mim mesmo até a visão puramente exterior do horizonte que tinha ante os olhos, o que havia de principal, de mais íntimo em mim, o leme em incessante

⁵⁰ Bonomi, *Fenomenologia...*, 147

⁵¹ Proust, *No caminho...*,86-87.

movimento que governava o resto, era minha crença na riqueza filosófica, na beleza do livro que estava lendo, qualquer que fosse esse livro. Pois, (...) me lembrara de o ter ouvido citar como uma obra notável pelo professor ou camarada que me parecia possuir naquela época o segredo da verdade e da beleza, meio pressentidas, meio incompreensíveis, e cuja posse era a finalidade vaga mas permanente de meu pensamento.

Depois dessa crença central que, durante a leitura, executava incessantes movimentos de dentro para fora, em busca da verdade, vinham as emoções que proporcionava a ação em que eu tomava parte, pois aquelas tardes eram mais povoadas de acontecimentos dramáticos do que, muitas vezes, uma vida inteira. Esses acontecimentos eram os que sucediam no livro que eu lia; na verdade, as personagens a quem afetavam não eram “reais”, como dizia François. Mas todos os sentimentos que nos fazem experimentar a alegria ou o infortúnio de uma imagem dessa alegria ou desse infortúnio; todo o engenho do primeiro romancista consistiu em compreender que, sendo a imagem o único elemento essencial na estrutura de nossas emoções, a simplificação que consistisse em suprimir pura e simplesmente as personagens reais seria um aperfeiçoamento decisivo. Um ser real, por mais profundamente que simpatizemos com ele, percebemo-lo em grande parte por meio de nossos sentidos, isto é, continua opaco para nós, oferece um peso morto que nossa sensibilidade não pode levantar. Se lhe sucede uma desgraça, esta só nos pode comover em uma pequena parte da noção total que temos dele, e ainda mais, só em uma pequena parte da noção total que ele tem de si mesmo é que sua própria desgraça o poderá comover. O achado do romancista consistiu na ideia de substituir essas partes impenetráveis à alma por uma quantidade igual de partes imateriais, isto é, que nossa alma pode assimilar. Desde esse momento, já não importa que as ações e emoções desses indivíduos de uma nova espécie nos apareçam como verdadeiras, visto que as fizemos nossas, que é em nós que elas se realizam e mantém sob seu domínio, enquanto viramos febrilmente as páginas, o ritmo de nossa respiração e a intensidade de nosso olhar. E uma vez que o romancista nos pôs nesse estado, no qual, como em todos os estados puramente interiores, cada emoção é duplicada, e em que seu livro vai nos agitar como um sonho, mas um sonho mais claro do que aqueles que sonhamos a dormir e cuja lembrança vai durar mais tempo, eis que então ele desencadeia em nós, durante uma hora, todas as venturas e todas as desgraças possíveis, alguma das quais levaríamos anos para conhecer na vida, e outras, as mais intensas

dentre elas, jamais nos seriam reveladas, pois a lentidão com que se processam nos impede de as perceber (assim muda nosso coração, na vida, e esta é a mais amarga das dores; mas é uma dor que só conhecemos pela leitura, em imaginação; porque na realidade o coração se nos transforma do mesmo modo por que se produzem certos fenômenos da natureza, isto é, com tamanho vagar que, embora possamos ver cada um de seus diferentes estados sucessivos, por outro lado escapa-nos a própria sensação de mudança).

No transbordamento do pensado por Proust para além do romance, esta expressão moderna da narrativa ficcional, há algo que advém da palavra escrita entre o mito e a realidade. A escrita entre o mito e a realidade foi investigada na obra de Mircea Eliade, naquilo que comunga com os fundamentos da obra de Andrea Bonomi: o triunfo do signo sobre a tradição oral, isto é, do documento (sobretudo, mas não necessariamente escrito) sobre uma experiência vivida que só dispunha de meios pré-literários de expressão. Os mitos são linguagem primordial, com a qual há o aparecimento do constitutivo de ser humano⁵²:

Seja qual for a gravidade da atual crise do romance, a necessidade de se introduzir em universos «desconhecidos» e de acompanhar as peripécias de uma «história» parece ser consubstancial à condição humana e, por conseguinte, irredutível. É uma exigência difícil de definir, sendo ao mesmo tempo o desejo de comunicar com os «outros», os «desconhecidos», de compartilhar seus dramas e de suas esperanças, e a necessidade de saber o que pode ter acontecido. É difícil conceber um ser humano que não se sinta fascinado pela «recitação», isto é, pela narração dos eventos significativos, pelo que aconteceu a homens dotados da «dupla realidade» dos personagens literários (que refletem a realidade histórica e psicológica dos membros de uma sociedade moderna, dispondo, ao mesmo tempo, do poder mágico de uma criação imaginária).

Mas a «saída do tempo» produzida pela leitura - particularmente pela leitura dos romances - é o que mais aproxima a função da literatura da das mitologias. O tempo que se «vive» ao ler um romance não é, evidentemente, o tempo que o membro de uma sociedade tradicional reintegra, ao escutar o mito. Em ambos os casos, porém, há a «saída» do tempo histórico e pessoal, e o mergulho num tempo fabuloso, trans-histórico. O leitor é confrontado com um tempo estranho, imaginário, cujos ritmos variam indefinidamente, pois cada

⁵² Mircea Eliade, Mito e Realidade. 6ª ed. Trad. Pola Civelli. (São Paulo : Perspectiva, 2011),164.

narrativa tem o seu próprio tempo, específico e exclusivo. O romance não tem acesso ao tempo primordial dos mitos; mas, na medida em que conta uma história verossímil, o romancista utiliza um tempo aparentemente histórico e, não obstante, condensado ou dilatado, um tempo que dispõe, portanto, de todas as liberdades dos mundos imaginários.

A IMPORTÂNCIA DA MIMESE PARA A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO

Interessa aqui especificamente o que há de real entre o verossímil e o fantástico no tempo primordial dos mitos genéticos: a *mimese*, com a qual este tempo circula o tempo histórico numa função hermenêutica⁵³. Desta circulação e sua função, ocupou-se Paul Ricour no tomo I de sua obra *Tempo e Narrativa*, na qual apresenta a configuração, a refiguração e a leitura numa investigação de argumentos construídos pelo tecer da intriga que uma narrativa deixa transparecer, mas que é eclipsado da compreensão pelo modelo nomológico emergente da filosofia analítica de língua inglesa⁵⁴:

É preciso preservar o paradoxo do tempo no nivelamento que opera sua redução à simples discordância. Seria preciso, antes, questionar se a defesa de uma experiência temporal radicalmente informe não é, ela própria, o produto da fascinação pelo informe que é um dos traços da modernidade. Em suma, quando pensadores ou críticos literários parecem ceder à simples nostalgia de ordem, ou, pior, ao pavor ao caos, o que os move, em última análise, é o reconhecimento autêntico dos paradoxos do tempo, para além da perda de significado característica de uma cultura particular - a nossa.

A função hermenêutica desliza da linguagem originária dos mitos para a narrativa, onde permanecem integradas a mimese e a empatia como vivências. E portanto essa função hermenêutica recoloca desde sempre estas vivências como fundamentais para a descoberta das relações integrativas entre Direito e Justiça.

Aqui então merece menção a obra *O tempo do Direito*, de François Ost.

⁵³ Guilherme Krueger, As cooperativas entre a verdade e a validade. <<Boletín de la Asociación Interancional de Derecho Cooperativo>>. n° 48, Deusto : Bilbao (2014):207-210.

⁵⁴ Paul Ricoeur, Tempo e Narrativa. Vol. 1. Trad. Constança Marcondes Cesar. (São Paulo : Papyrus, 1994),112-113.

Ele defende que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: “*mais do que interditos e sanções, como outrora se pensava, ou cálculo e gestão, como frequentemente se acredita hoje, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade*”⁵⁵. Se a aplicação da norma mobiliza um tempo próprio, carregado de sentido instituinte, na medida em que revive no processo a cena do conflito e mobiliza então o tempo social fundador arrancado à desordem inicial. Na narrativa se encontra a brecha entre a iniciativa e a alternativa. Com ela, se engendra uma concordância dos tempos: o valor da temperança como sabedoria do tempo. A memória então interage com o perdão, a promessa e o questionamento como categorias simultaneamente normativas e temporais. São conceitos diferentes, mas incluídos entre si. Em todo caso, pela narrativa, o tempo do Direito engendra (ou aborta) o ajustamento, enquanto fixa a ordenação axiológica de atos e fatos.

Então, o Direito é pensável como um justo mais que possível - aponta para a justiça perfeita e ao mesmo tempo encarnada. Mas, qual é o sentido desta afirmação? Expõe um ponto de partida para responder essa pergunta a série de artigos do saudoso Aquiles Côrtes Guimarães que foram publicados na revista *Fenomenologia e Direito* e todos intitulados *Para uma teoria fenomenológica do Direito* (GUIMARÃES : 2011, p. 65): “*a idéia de juridicidade como valor supremo da realização do justo possível. (...) A juridicidade é o métron, o paradigma, o valor acima do qual só encontraríamos a ordem divina como sua depositária*”. Por que é a juridicidade o fio condutor do Direito? Porque o Direito é fundamentalmente decisões, definições, alguma forma, tendência à objetificação: positivamente possíveis do justo. Porquanto o justo permanece na intersubjetividade: indecível, indefinível, porque sem forma alguma entre a misericórdia e acerto de contas, entre o mérito de viver e a gratuidade da vida. O justo é o que há de *locanda*, de abertura no Direito ao seu devir, se bem sempre foi e é.

Servindo-me da lição de Emmanuel Carneiro Leão trazida na mesma revista (2009, p. 15 e ss) arrisco a dizer que a juridicidade, conquanto se mostra num necessário decidir-se por um justo possível, é também, de certo modo, um retraimento do justo. Há um resto inalcançado de justiça que imediatamente já põe o justo para mais adiante do Direito, atraindo-o em

⁵⁵ Ost, *O Tempo...*, 14.

sua historicidade. Então, no sofrimento desse resto de justiça inalcançada, posso também dizer que é antes a injustiça que move o Direito. Sem alguma injustiça, não há Direito a se dizer (LEÃO: 2013, p. 45):

“Pois pensar consiste em deixar aparecer o que não pode ser pensado em todo esforço de pensamento. Esta aparição é o presente com que nos presenteia o não saber em todo saber, desde o desafio socrático no início da filosofia [oida hoti oyk oida - sei que nada sei]. Trata-se de um desafio salutar. Não confere apenas saúde e vitalidade, como sobretudo salva e preserva tudo do perigo de ser, como diz Platão no Diálogo, LEIS. (...) Certa feita, Nietzsche disse que o maior adversário da verdade não é o erro nem a mentira, é a convicção, isto é, a pretensão do pensamento de ser, sem não ser. (...) No pensamento, a angústia de ser reside em pretender que ser seja a exclusão de todo não ser. Tal pretensão é o cimento que fixa e consolida a paralisia de toda convicção. Revelando o perigo de não ser em ser, a fenomenologia restitui ao pensamento a liberdade de pensar.”

Mas, se a justiça é *locanda* do Direito, como ela não se esfumaça deixando o Direito uma biruta que se volta e revolta em qualquer direção? Porque sua perfeição é necessariamente encarnada e pode portanto mostrar a sua face.

A carne é o limiar entre pessoa e mundo. O corpo encarnado evidencia que nada nos separa do mundo, mas paradoxalmente entre pessoa e mundo há um abismo: animais são mundo, mas só pessoas não se confundem com o mundo - pessoas têm potência para se perceberem destacadas do mundo e isso acontece ao atribuírem um sentido textual para si mesmas, para outrem e para as coisas além da pura e simples vivência - a sobrevivência e a sucumbência como sentidos de transitoriedade: conhecer, lembrar e imaginar como saber viver e morrer. O corpo neste texto é expressão de uma ambiguidade em que ser humano é nebuloso. Tem (e não tem) corpo; é (e não é) corpo. Nem a consciência é sempre ser; nem o corpo é sempre morada do ser. Na percepção do comportamento humano com a abertura a plúrimos temas entre *ser* e *ter* corpo, este emerge na realização do real como campo fenomênico⁵⁶.

A narrativa encontra aqui o seu sentido originário e ela culmina numa perplexidade: a justiça perfeita não se mostra sem que antes se mostre

⁵⁶ Guilherme Krueger, Cooperação, concorrência e colusão: os casos de cooperativas de anestesiológicas com domínio de mercado no Brasil. << Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa. >> nº 26. Valência : CIRIEC España (2015), 160-161.

a angústia extrema, que se expressa num brado de abandono. A justiça perfeita assume para si todo o sofrimento, toda a necessidade de ajuda da humanidade inteira. Assim, não é que haja nada além do Direito; há alguém cujo sofrimento é motor pela empatia a atrair à justiça o Direito por reflexão.

Se para o pensamento, tudo deixa vestígios do Nada, o acontecimento ético é o aparecimento do Outro que nada deixa para o Nada ao ocupar toda a vazies existencial. O vestígio então é anúncio de alteridade. Só na ausência impossível de si, reconhece-se totalmente o Outro, o que torna carne a visão plena do invisível. Carneiro Leão escreveu⁵⁷: *“casam-se paredes e se importam portas, mas é onde não há nada que se está em casa.”* Ouso compreender assim: só é casa, e não nada mesmo, porque há aí outrem.

A DEONTOLOGIA E A ÉTICA NUMA GESTÃO COOPERATIVA SUSTENTÁVEL

SUSTENTABILIDADE significa que as cooperativas de anesthesiologistas objetivam o melhor retorno econômico a eles por suas respectivas atividades médicas realizadas com a prática de atos cooperativos.

Esse retorno econômico só será verdadeiramente melhor se for socialmente justo para os usuários dos serviços médicos dos sistemas único de saúde e suplementar. Uma justiça historicamente possível pode ser alcançada quando há lealdade nas negociações e eficiência nas relações mantidas pelas cooperativas nos mercados locais de prestação de serviços de anesthesiologia.

Essa consciência imediata do bem do ato que é cooperativo nem sempre se realiza no cotidiano dos negócios das cooperativas, pois as escolhas ocorrem num emaranhado de símbolos, pensamentos, informações, discursos, desejos, circunstâncias. Por isso, é necessário o recurso a enunciados lógico-formais do dever-ser e as prescrições como referências para o discernimento da moral e do legal em sua historicidade (deontologia).

Um manual de compliance concorrencial se constitui como ferramenta útil para esse discernimento da moral e do legal. Ele alarga a via de certificação

⁵⁷ Emmanuel Carneiro Leão, *Pensamento contemporâneo* (Teresópolis : Daimon, 2013),49.

das condutas entre a normalidade e a normatividade. E isso é um imperativo para uma gestão eficiente, eis que facilita o seu planejamento com vistas à sustentabilidade da cooperativa. Porque qualquer gestão é orientada por uma racionalidade prática instrumental, isto é, meios adequados são aqueles certificados para seus fins.

Essa certificação adveio no Parecer nº 16/2017/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU, devidamente referendado pelo plenário do CADE na sessão ordinária de julgamento nº 99 (22.02.2017). Nele, está consignado:

§16. O Manual de Compliance apresentado pela Febracan parece refletir com adequação, as orientações dispostas pelo CADE em seu guia, valendo o destaque para os seguintes aspectos, que foram ali previstos:

- identificação das condutas “perigosas” ao ambiente concorrencial, em especial, “a imposição de tabela elaborada por terceiros e a exigência disciplinar de um comportamento corporativo entre anesthesiologistas”. Apontou que o risco à livre concorrência pode ser identificado a partir da existência ou não de “assédio” da cooperativa em determinada negociação ou fixação de uma política de preços dos serviços médicos;

- relato de potenciais atividades anticoncorrenciais em cooperativas médicas, como: reserva de mercado pelo aliciamento de novos médicos/cooperativas, mediante retaliações ou discriminações; imposição da tabela CBHPM em negociações com planos de saúde e hospitais públicos (ela pode existir como referencial remuneratório, mas não pode ser imposta), coerção na contratação por preço preestabelecido, previsão de mecanismos coercitivos aos médicos/cooperativas que optem por flexibilizar o valor da tabela, boicote na hipótese de não pagamento do valor estipulado em tabela CBHPM, indevida interferência no processo licitatório, etc;

- destaque à importância não apenas do “discurso”, mas também da assimilação da cultura de compliance (compliance formal e material)

- compromisso quanto à realização de cursos e workshops com a alta administração e demais colaboradores a respeito do sistema de defesa da concorrência, incluindo o estudo de casos; (...) e;

- identificação dos cuidados que devem ser tomados pelos cooperados e gestores para evitar práticas antitruste.

§17. Isto posto, fica evidente que o Manual de Compliance apresentado pela Febracan atende, com bastante propriedade, às preocupações concorrenciais externadas no TCC pelo CADE, por refletir com precisão, o propósito de estabelecer, institucionalmente, a política antitruste, prevenindo e impedindo toda e qualquer ação concertada entre a Compromissária e terceiros.

Mas, o esclarecimento humano tem lá suas armadilhas – uma ilusão antiética de que a observância meticulosa de certezas alcança toda justificação. Dito em outras palavras. O maior perigo para ética não é nem a mentira nem o erro: é a convicção. Por que? Nem a mentira nem o erro paralisam o pensamento. Mas a convicção, sim. Mais do mesmo só pode decair.

Se a moral é normativa, a ética se mostra menos clara, mas melhor percebida nos dilemas que a normatividade instrumental ainda não resolveu inteiramente, nas situações excepcionais que extrapolam a normalidade.

É para esses dilemas e para exceções que uma ética orientada pela sustentabilidade se volta: é quando uma comunicação se mostra muito necessária sem ser uma entoação de uma cartilha surrada, um tatibitate irritante.

Se a gestão da cooperativa é instrumental, ela também é democraticamente participativa, sob o risco de sua própria destruição como objeto do pensamento. Sendo democrática, a gestão também carrega necessariamente com ela um agir comunicativo. Em outras palavras, há necessariamente uma interação dialógica dos anesthesiologistas cooperados, através dos discursos. Cada anesthesiologista suscita uma pretensão de validade, quando se refere a fatos, normas e vivências, e existe uma expectativa que qualquer outro anesthesiologista cooperado possa, se assim o quiser, contestar com argumentos essa pretensão de validade.

O CADE não somente impôs interdições para as cooperativas de anesthesiologistas. Essas interdições carregam o reconhecimento do sucesso de um modelo econômico de gestão para as comunidades locais de anesthesiologistas. Isso é uma certeza importante. Sim, porque o CADE só se

preocupa - e este é o seu papel republicano - com negócios que estão dando muito certo... para que esse sucesso econômico não seja demais. Sucesso nos negócios tem alguma ótima razão (causa/consequência) patrimonial. Mas, quem se enche de razão, já a está perdendo. Esta é uma máxima de sustentabilidade. Sucesso demais é brutal, cruel, conflituoso, obsessivo, implacável, sempre insatisfeito (*hybris*). Acaba não sendo sustentável (*métron*). Um sucesso temperado é sempre atento às suas próprias limitações, e assim se torna sustentável.

Sucesso traz sempre responsabilidades para com os outros. A questão fundamental da ética está nesta pergunta: Quem são os outros? Aqui há quem escape tanto do agir comunicativo como da razão instrumental. O totalmente outro é silente e disfuncional numa situação específica, mas é em face dele que a ética se constitui.

O totalmente outro é outro diferente de quem eu esteja defronte e em confronto. Ao me defrontar e confrontar com quem quer que seja, já o apropriado pela razão e sentimento. Mas, serei possivelmente antiético ao fechar-me nessa relação: este outro já é aí um *quase eu*. Alguém que seja outro colateral permanece espectral, fantasmático, mas nem por isso sem um rosto possível. E ele é eticamente imprescindível ao pensamento.

Quais são os espaços por excelência de defrontação e confrontação nas cooperativas de anesthesiologistas? As assembleias gerais e as mesas de negociação no mercado do sistema único de saúde ou suplementar. Em outras palavras, o outro geralmente é um cooperado ou um gestor de hospital, organização social, secretaria de saúde, uma operadora de plano de saúde.

Defronte e em confronto a eles que se dedica o manual Febracan de *compliance* concorrencial a clarificar uma deontologia específica. Em síntese, ele afirma que, quando a cooperativa já é bem sucedida (possui um *market share* acima de 20%), a coesão dos anesthesiologistas em torno da cooperativa não pode se manifestar com um sentido de coatividade e retaliação. A ética proposta no manual aponta para o cuidado com a colateralidade do usuário dos serviços único de saúde e suplementar.

O manual reconhece hipóteses paradigmáticas. E, como já dito, o paradigma aqui pressupõe lealdade negocial como normalidade. O excepcional acontece, quando o outro é desleal. Surge o sentido de alguém revoltante a merecer a força de uma resposta enérgica e corajosa para uma dissuasão que a comunidade de anesthesiologistas organizada na cooperativa puder articular e aplicar. Diante do canalha indefensável, o que dizer sobre o que fazer em face dele?

Eis uma resposta sobre como fica aí a normatividade a que se propõe o manual.

Há ética na comunicação. Ao reconhecer alguém assim na lida com a cooperativa, ele é alguém *quase você*, apesar de que seja indiscutivelmente outro, porque afinal você é uma pessoa defensável.

Não há resposta pronta de antemão a respeito do que seja correto, porque cada situação é uma situação diferente. Mas, a ética vai convocar o seu pensamento junto aos seus pares para a contenção dos danos colaterais em face do totalmente outro na prática de autodefesa por parte dos anesthesiologistas organizados. Ao ser capaz de uma resposta que contenha efeitos deletérios, reconhecível você mesmo já como outro numa narrativa em que o perigo se dá como oportunidade de superação. Do limão à limonada! Porque você terá se superado numa resposta benigna ainda que (até porque) enérgica e corajosa. Não há dia fácil. Mas, há confiança de que essa superação trará empatia que dará sustentabilidade ao sucesso da cooperativa. Um sucesso na medida certa.

CONCLUSÃO

Enfim, a constituição da sociedade cooperativa como objeto só pode aparecer nas relações de identidade e diferença; texto e contexto; percepção e comportamento. O que se põe em questão é tanto a autossuficiência do dado, quanto a prioridade lógica e epistemológica do fatural sobre o possível. O que se postula é uma atividade constitutiva operante desde sempre. O comportamento de uma coisa nos confrontos com outras coisas que constituem seu mundo circundante precisa ser pensado também em relação imediata aos corpos que percebem as relações entre as coisas. E os confrontos

entre as coisas percebidas e os corpos não são inteiramente explicitadas por efeitos de ações causais. Sem o primado da consideração sincrônica, qualquer análise diacrônica⁵⁸ não encontra garantia para seu rigor⁵⁹. Este é um sentido diacrítico⁶⁰ das madalenas de Marcel Proust com relação às literaturas jurídica e econômica que abordam mais comumente as cooperativas.

Como Ricoeur postula⁶¹, *“o tempo se torna humano na medida em que ele está articulado de maneira narrativa; em compensação, a narrativa é significativa na medida em que se esboça os traços da experiência temporal”*. Ela, porém, demanda uma longa e difícil conversação entre a historiografia, a crítica literária e a filosofia fenomenológica⁶². No que interessa ao ajustamento das cooperativas e dos dramas de seus cooperados afetados pelo que é decidido em plenários tutelares do poder público. Mas a cooperação precisa também ser investigada como comportamento em relação ao corpo perceptivo, que não é uma coisa como as outras, mas a locanda das relações entre as coisas. Nos confrontos com a coisa percebida, o corpo não se limita a explicitar uma ação causal. Há uma função transcendental que unifica a multiplicidade das matérias sensoriais que se encontra numa relação de fundação recíproca com esse estrato material. Se essa função constitui o elemento formal no interior da vivência, com o qual se apreende a cooperativa como unidade sintética do vivido; por outro lado sua percepção tem seu campo de aplicação nos conteúdos primários, constituintes do estrato material. As cooperativas (texto) que pares reunidos em plenários tutelares percebem num determinado momento e de uma perspectiva espacial (contexto) já são desde sempre a contração de todas as perspectivas temporais e espaciais que já tiveram, que terão ou que poderiam ter delas. Uma contração que é possível pelos corpos como campos fenomênicos. E seus corpos não deduzem uma cooperativa dos seus perfis, mas percebem imediatamente

⁵⁸ a diacronia é pensada para o aparecimento das discontinuidades perceptíveis nas diferenças que são reveladas pela comparação entre estruturas, e não como esqueleto inteligível ou uma sequência causal, em todo caso, uma razão de caráter universal.

⁵⁹ Se uma estrutura já carrega uma sistemática, qualquer modificação de um elemento já acarreta a modificação de todos os outros, de modo que a imprescindibilidade de um dado originário (no caso, a cooperativa) já é um problema de rigor epistemológico. Não é a razão que está no foco, mas aquilo que escapa do discurso em qualquer análise temática.

⁶⁰ Por uma função diacrítica das línguas, um sinal gráfico acrescentado a uma letra ou uma entonação distinta de uma vogal introduz uma ênfase que modifica o sentido do que se declara (p. ex.: - pô, pai, pó para!). A diacriticidade interdita que um termo esteja sempre restrito a uma única nuance temática. É o alusivo a chave que abre possibilidades de uma constelação temática.

⁶¹ Ricoeur, *Tempo...*, 15.

⁶² Ricoeur, *Tempo...*, 111-131.

estes perfis como perfis dela, articulações de um todo. Se o corpo procede à exploração da multiplicidade dos perfis da cooperativa para captá-las na complexidade de suas relações funcionais com o ambiente e com os outros, não há mero espelhamento na sua percepção.

A cooperativa entre a normalidade e a normatividade se define tanto pelas condições exteriores da percepção quanto o percebido é dependente de um texto alusivo. Daí as madalenas de Proust terem a ver (numa hipérbole⁶³) com as cooperativas na ordem econômica constitucional: a possível fundação da ideia de normalidade e normatividade na qual a norma jurídica interpretada não é só uma sedimentação de um passado informado com vistas a um futuro projetado, mas diz uma também de uma narrativa sempre a vivenciar no interior de sua própria estruturação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGOSTINHO, Aurelio. A Trindade. São Paulo: Paulus, 1994.
- ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL. <<Notas para orientación para los principios cooperativos.>> 2015. Acesso em 17 de fevereiro de 2016. <http://ica.coop/sites/default/files/attachments/Guidance%20Notes%20ES.pdf>
- BIALOSKORSKI, Sigismundo. Economia e Gestão de Organizações Cooperativas. 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2012.
- BONOMI, Andrea. Fenomenologia e Estruturalismo. 2ª ed. Trad. João Paulo Monteiro et al. São Paulo : Perspectiva, 2004.
- CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade. 3a ed. Trad. Guy Reynaud. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- _____. Sujeito e Verdade no mundo social-histórico. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2007.
- CHESTERTON, Gilbert Keith. Ortodoxia. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo : Mundo Cristão, 2008.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Cooperativas médicas e concorrência na jurisprudência do CADE: In KRUEGER, Guilherme (coord). Cooperativas na ordem econômica constitucional. T. II. Mandamentos, Belo Horizonte, 2008.

⁶³ Figura de pensamento em que a intenção expressiva aparece num excesso da expressão empregada. Por exemplo, o enunciado “o penso, logo existo” (cogito, ergo sum) é demonstrado pela dúvida hiperbólica: se Descartes duvida de tudo (mesmo daquilo que não duvida de fato), ainda permanece para todos uma certeza apodítica - a de que duvida.

- DE ALMEIDA, Sílvia Fagá; DE AZEVEDO, Paulo Furquim: Cooperativas médicas: cartel ou legítima defesa. In KRUEGER, Guilherme; DA ROCHA, Lucila Carvalho Medeiros (coord.) Aspectos jurídicos e econômicos das cooperativas de saúde. Del Rey, Belo Horizonte, 2012.
- DE MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado. Vol 49. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- ELIADE, Mircea. Mito e Realidade. 6ª ed. Trad. Pola Civelli. São Paulo : Perspectiva, 2011.
- GICO Jr, Ivo Teixeira: Cartel: Teoria unificada da colusão. Lex : São Paulo, 2007.
- GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. Trad. Claudia Berliner. São Paulo : Martins Fontes, 2007
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para Uma Teoria Fenomenológica do Direito - III. Cadernos da escola de Magistratura Regional Federal da 2 Região: Fenomenologia e Direito. Vol. 4, nº 1 (abr/set 2011). Rio de Janeiro: TRF 2ª Região, 2008
- HADDOCK-LOBO, Rafael. A herança da ética de Emmanuel Lévinas por detrás da desconstrução do Direito de Jacques Derrida. Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : Fenomenologia e Direito. Vol. 4, nº 2 (out 2011/mar 2012). Rio de Janeiro : TRF 2ª Região, 2008.
- HEIDEGGER, Martin: Que é isto - a filosofia; identidade e diferença. trad. Ernildo Stein. Duas Cidades, São Paulo, 1978
- KRUEGER, Guilherme. Cooperação, concorrência e colusão: os casos de cooperativas de anestesiológicas com domínio de mercado no Brasil. Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa. nº 26. Valência : CIRIEC España, 2015.
- _____. Cooperativas: Ontologia e Ética. Saarbrücken : NEA, 2014.
- _____. As cooperativas entre a verdade e a validade. Boletín de la Asociación Interacional de Derecho Cooperativo. nº 48, Deusto : Bilbao, 2014.
- _____. Cooperativismo e o Novo Código Civil. 2ª Ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2005
- LEÃO, Emmanuel Carneiro. Pensamento contemporâneo. Teresópolis : Daimon, 2013.
- _____. Filosofia grega. Teresópolis : Daimon, 2010.
- _____. O desafio da ética hoje em dia. Cadernos da escola de Magistratura Regional Federal da 2 Região: Fenomenologia e Direito. Vol. 1, nº 2 (out. 2008/mar 2009). Rio de Janeiro: TRF 2ª Região, 2008.
- LÉVINAS, Emmanuel. De Deus que vem à ideia. trad. Pergentino Stefano Pivatto et al. Vozes: Petrópolis, 2002.
- MEINEN, Ênio; GAUDIO, Ronaldo. Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro. Boletín de la Asociación Interacional de Derecho Cooperativo. nº 49, Bilbao : Deusto, (2015): 137-179

- MEIRA, Deolinda Aparício (coord.). *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa : Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2012.
- MORENO, Juan Luis. *Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional*. <<Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa.>> n° 25. Valência : CIRIEC España, 2014.
- NETTO, Ana Maria Melo ; DA SILVA, Alessandra Lopes; LEANDRO, Tainá: *CBHPM: A conciliação entre a livre concorrência e a defesa da dignidade médica é possível?* In: KRUEGER, Guilherme; DA ROCHA, Lucila Carvalho Medeiros (coord.). *Aspectos jurídicos e econômicos das cooperativas de saúde*. Del Rey, Belo Horizonte, 2012.
- OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa : Instituto Piaget, 2001.
- PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989
- PROUST, Marcel. *No caminho de Swann*. 12ª ed. Trad. Mario Quintana. São Paulo : Globo, 1990 (Em busca do tempo perdido; 1).
- RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. Vol. 1. Trad. Constança Marcondes Cesar. São Paulo : Papyrus, 1994.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Trad. Teresa Rodriguez Montañéz. Madrid: Tecnos, 2002.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

HERMENÊUTICA, DIREITO E DEMOCRACIA

João Alves Bastos¹

Resumo: Neste artigo será feita uma análise da linguagem jurídica sob uma abordagem da hermenêutica, do direito e da democracia. Nessa análise dar-se-á especial atenção aos efeitos que esses ramos da filosofia, das ciências sociais aplicadas e da política têm sobre a linguagem jurídica, em especial a linguagem legislativa, e seu entendimento por seus destinatários: as pessoas comuns. Nesse passo, tratar-se-á do “processamento” intelectual cotidiano em contraponto com aquele do direito; tratar-se-á da linguagem cotidiana em contraponto com aquela da produção legislativa; e tratar-se-á dos conceitos ideal e possível de democracia em contraponto ao acesso à justiça como forma democrática de governo. A partir disso pretende-se demonstrar que uma linguagem jurídico-legislativa afastada daquela cotidiana importa em, primeiro, uma dificuldade de entendimento da lei para a pessoa comum, depois, em um afastamento do cidadão de uma pretensão de obediência à “lei” e, por fim, uma impossibilidade de governar-se adequadamente um povo que não entende suas leis.

Palavras-chave: Hermenêutica. Direito. Democracia. Linguagem jurídica.

HERMENEUTIC, LAW AND DEMOCRACY

Abstract: This article is intended for analysing legal language according to three vectors: hermeneutic, law and democracy. Under such analysis, a special attention

¹ Mestre em Teoria do Direito, programa *Hermenêutica e Direitos Fundamentais*, com especialização em Problemas Fenomenológicos e Hermenêutica, e Bacharel em Direito. Licenciado Pleno em Letras Vernáculas, com especialização em Língua Portuguesa e Português Jurídico. Serventuário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Analista Judiciário, área Judiciária), onde também atua como Servidor Instrutor da Escola de Administração Judiciária (ESAJ) e como Mediador Judicial do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos (NUPEMEC). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9790652811927893>. Contato: joabastos.jus@gmail.com.

has been done to the effects that those branches of philosophy, social science and politics influence on the legal language, mainly the legislative one, and its understanding by ordinary people. In this way, it will be about the daily intellectual “processing” in counterpoint to the law’s one; it will be about the daily language in counterpoint to legislative produce; and it will be about the ideal and possible concepts of democracy in counterpoint to the access to justice as a democratic form of government. Considering this, it is intended to demonstrate that a legal-legislative language away from the daily one leads, firstly, to a difficulty to understand the law for an ordinary person, and so, to a citizen avoidance of his intention to obey the “law” and, finally, an impossibility of an appropriate government of a people who do not understand their laws.

Keywords: Hermeneutic. Law. Democracy. Legal language.

1. INTRODUÇÃO

“Ninguém valoriza o que não entende.”² Com esse mote, a Associação dos Magistrados do Brasil, iniciou uma campanha nacional pela simplificação da linguagem jurídica.³ Neste trabalho abordar-se-á a linguagem jurídica sob três enfoques: filosófico-hermenêutico, jurídico-legislativo e democrático.

A lei – assim entendida a ordem jurídica, mas aqui em especial o Direito escrito –, como um conjunto de textos que entregam aos governados comandos de comportamento, precisa ser entendida por quem lhe deve obediência. Mas como obedecer a uma lei que não se entende?, que muitas vezes apresenta-se plurissignificativa? O não entendimento adequado da lei (e até mesmo de que a ela *tem-se de* obedecer) pode gerar problemas de governabilidade. Como um povo que não entende suas leis pode ser governado?

O fato de não se obter sucesso em governar, gera conflitos sociais decorrentes do não entendimento da lei, levando os governados a socorrer-se no Poder Judiciário, a quem cabe a tarefa de *dizer o direito*, isto é, de dizer a quem cabe razão em uma disputa jurídica, que nada mais é do que o resultado de uma disputa interpretativa a respeito da lei.

Neste trabalho debater-se-ão possíveis causas e possíveis soluções – estas, orientadas pela linguagem – para esta tarefa, de produzirem-se leis de

² ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. In: Simplificação da linguagem jurídica. Brasília-DF, 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/web/portal/juridiques/book_premiados.pdf>

³ Idem. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index_.asp?secao=campanha_juridiques>

mais fácil entendimento para o povo, de modo a gerarem-se menos conflitos sociais em razão disso, e, conseqüentemente, a melhorar-se a relação do Poder Judiciário com a sociedade.

Inicialmente, abordar-se-á a hermenêutica, para estabelecer seu papel como orientadora do entendimento da lei pela pessoa comum. Para tanto, tratar-se-á de seu conceito e de sua finalidade, e de como ela atua no processo de entendimento pela linguagem. Far-se-á uma diferenciação entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica do direito, bem como apontar-se-á que há uma hermenêutica do cotidiano, e que esta, menos hermética que as outras, pode gerar um não entendimento das “leis” pelas pessoas comuns, não habituadas a sua aplicação.

Em seguida, abordar-se-á o direito, como objeto de entendimento da lei pela pessoa comum. A partir disso, dar-se-á especial atenção à linguagem legislativa, a qual é a linguagem imediata do direito, a primeira com a qual as pessoas têm contato com ele. Nesse passo, buscar-se-á estabelecer como as pessoas entendem a lei, e quais processos (hermenêuticos) ele utilizam para seu entendimento.

Por fim, abordar-se-á o aspecto democrático da linguagem jurídica. Nesse ponto, conceituar-se-á a democracia, em seus aspectos ideal e possível. A partir disso, far-se-á uma ligação entre a democracia, ideal e possível, com a governabilidade decorrente do modo como a pessoa comum, o governado, entende o direito, em especial, a lei.

2. HERMENÊUTICA

Quem pretende compreender algo que se manifeste pela linguagem, encontra-se com a tarefa da interpretação. Todo aquele que compreendeu algo, já o interpretou; todo aquele que ainda não o compreendeu, ou parou de interpretar – e não o compreenderá –, ou está interpretando, porque o quer compreender. Nada é compreendido sem que se tenha passado por uma interpretação. Deve-se, portanto, buscar pela interpretação – conhecendo-a – o caminho para a compreensão.⁴

⁴ BASTOS, João. Hermenêutica das sentenças judiciais. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora-MG, 23/11/2013, p. 38. Disponível em http://www.unipac.br/site/bb/bb_diss_res.php?id=70.

É intrínseco ao ser humano uma constante busca pela compreensão de algo.⁵ Tudo aquilo que chega à mente humana, que lhe acende o pensamento, está sujeito a essa busca humana pela compreensão. “Desde que acordamos de manhã, até que adormecemos, estamos a ‘interpretar.’”⁶

O propósito inicial de projeto de uma hermenêutica teve como objetivo “fornecer uma justificação dos princípios do procedimento com a maior exatidão possível, para avançar com segurança na interpretação”⁷ de uma interpretação universal.⁸ Com isso pretendeu-se formular uma teoria que fosse (ainda que pretensiosamente) capaz de fornecer elementos seguros para compreender-se qualquer texto produzido (falado e, especialmente, escrito).⁹

2.1. O que é hermenêutica?

A hermenêutica é uma teoria sobre a interpretação, que estuda métodos de interpretação aplicáveis à correta interpretação de textos. Seu objetivo é estabelecer estratégias de interpretação, cuja finalidade é propor soluções aos procedimentos interpretativos para alcançar-se uma adequada compreensão de um texto alheio.¹⁰

Hermenêutica e interpretação não o mesmo significado, não são sinônimos. Assim como gêmeos univitelinos não são a mesma pessoa. Enquanto a hermenêutica a teoria da interpretação, a interpretação é uma prática da hermenêutica. Todavia, são interdependentes. Do mesmo que direito e sociedade distinguem-se mas são interdependentes – o que se reflete do adágio latino *ibi societas, ibi jus* –, delas pode-se afirmar metaforicamente o mesmo: onde está a interpretação, aí está a hermenêutica. Há um casamento entre elas, mas mantém sua autonomia.

A Hermenêutica não está aí como processo mental para compreender-se algo, mas como ciência para determinar processos hábeis a

⁵ Nesse sentido, ORLANDI, Eni P. *Interpretação: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico*. 5ª ed., Campinas-SP: Pontes Editores, 2007, p. 65.

⁶ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1969, p. 20.

⁷ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso ReniBraida. 8ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010, p. 25.

⁸ Nesse sentido, *ibidem*, passim; SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. 3ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2014, p. 25.

⁹ Cf. SCHMIDT, *idem*, p. 26.

¹⁰ Nesse sentido, SCHLEIERMACHER, *op. cit.*, p. 26.

determinar-se a compreensão ou a melhor compreensão sobre esse algo, ou, em uma palavra, interpretar. Pode-se dizer que, em um constante e indissolúvel movimento de ida como um eterno retorno e partida, a hermenêutica teoriza a interpretação e a interpretação pratica a hermenêutica. Enquanto a hermenêutica cuida em analisar, refletir, decidir e determinar – ou seja, em pensar sobre – a interpretação, esta ocupa-se em aplicar o que aquela concluiu como o melhor processo para compreender algo.¹¹

Ambas visam ao mesmo fim, têm uma só perspectiva: compreender um discurso de outrem. Todavia, para tanto, agem de modo diverso. A interpretação é um fazer, a hermenêutica é um pensar a respeito desse fazer. De um lado, a interpretação processa o discurso alheio; de seu lado, a hermenêutica “supervisiona”, reflete sobre o fazer da interpretação, para determinar-lhe uma melhor fundamentação de seus procedimentos.¹²

As hermenêutica e interpretação do direito, todavia, diferem das hermenêutica e interpretação em geral.

2.2. A hermenêutica filosófica, hermenêutica jurídica e uma hermenêutica do cotidiano.

A hermenêutica – e por consequência a interpretação – tem o propósito de conduzir a uma segura compreensão de um dizer alheio,¹³ em especial, de um texto escrito,¹⁴ pretendendo-se, com isso, fazer o interlocutor retornar à original elaboração mental do locutor¹⁵ (falante ou escritor), de modo a compreender tão bem o que se disse como se o próprio intérprete o tivesse dito (e talvez até mesmo compreender melhor que o próprio locutor¹⁶).

O que se pretende dizer com isso é que o processo de interpretação não objetiva atribuir um significado ou um sentido¹⁷ a um dizer, mas dele extrair seus significados e sentidos que já foram postos pelo locutor. O que

¹¹ BASTOS, op. cit., p. 38.

¹² Idem, ibidem, p. 38-39.

¹³ SCHLEIERMACHER, op. cit., passim.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 11ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011, p. 499.

¹⁵ Nesse sentido, NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 283; SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 39.

¹⁶ Nesse sentido: SCHLEIERMACHER, idem, p. 69.

¹⁷ Sobre a delimitação semântica entre *significado* e *sentido*, cf. BASTOS, op. cit., p. 63-65.

ordinariamente conduz ao pensamento (equivocado) de que quem interpreta atribui significados e sentidos é o fato de que a interpretação pode não conduzir o intérprete ao resultado correto, é o fato de que o intérprete pode haver escolhido um processo de interpretação incompatível com o texto a ser interpretado, é o fato de que o intérprete pode crer (e *crer* aqui está em significado puro de fé) na “máxima” popular de que há várias interpretações, ou, em outras palavras, cada um tem a sua interpretação. De fato não é isso.

Quando se diz que há *várias interpretações*, o que de fato se quer dizer é que há vários *processos* e *pontos de vista* para a interpretação. Como exemplo, a questão da maioria penal aos 16 anos no Brasil. De *um* ponto de vista, ela é indesejável (ou algo assim), porque não há maturidade biológica; de *outro* ponto de vista, ela é desejável, porque é uma questão de sentimento social de justiça; e a *cada* ponto de vista haverá uma interpretação da redução da maioria penal no Brasil. Ao dizer *eu acho*, quem diz já escolheu, ainda que inconscientemente, *um* ponto de vista, *uma* de entre várias possibilidades (processos) de interpretação.

Esse mesmo fato ocorre quando o cidadão comum, com a pretensão de cumprir a lei (o direito), interpreta-a. E aí está o *busilis*:

Toda lide é uma disputa pela correta compreensão sobre uma norma jurídica, em particular, e sobre o Direito, como um todo. Se todos compreendessem uma norma jurídica em questão do mesmo modo, todos comportar-se-iam de modo que os interesses (desejos e necessidades) de cada um, convergentes em uma certa situação, não entrariam em conflito – e portanto, não haveria lide – porque cada qual saberia, aceitável e toleravelmente ao menos, como agir e qual agir esperar ou exigir do outro,¹⁸

isto é, cada pessoa *acha*, entende, compreende, interpreta de uma (sua) maneira a mesma lei,¹⁹ e quando uma interpretação (como resultado, ou efeito) diverge de outra, então surge o conflito.

Nesse passo, a interpretação levada a efeito pela pessoa comum não é uma interpretação de fundo jurídico, aplicada ao direito ou jurídica, mas tão só uma interpretação geral ou universal. Com tal interpretação a pessoa

¹⁸ BASTOS, op. cit., p. 29-30.

¹⁹ Aqui se deve entender a pessoa que quer cumprir a lei, que a interpreta honestamente. Não é o caso da pessoa que, conhecendo corretamente ou não a lei, age para violá-la.

busca, com seus recursos hermenêuticos, entender o que a lei espera dela, como ela deve comportar-se frente a uma situação jurídica que lhe impõe um certo dever-ser.

A hermenêutica jurídica, entretanto, diverge da hermenêutica filosófica.

*A hermenêutica jurídica não é completamente a mesma coisa. Ela lida, na maior parte das vezes, com **determinações** da extensão da lei, isto é, com a relação dos princípios gerais com o que neles não foi concebido claramente²⁰ (sem grifo no original).*

A hermenêutica do direito “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos para **determinar** o sentido e o alcance das expressões do Direito”²¹ (sem grifo no original).

A hermenêutica em geral busca **re-criar**, sua tarefa “consiste em **re-construir** do modo mais completo a inteira evolução interior da atividade compositora” do interlocutor²² (sem grifo no original). A hermenêutica do direito, a seu turno, trata da interpretação como um processo de criação do “sentido e alcance das expressões do Direito”, ou, em outras palavras, da “extensão da lei”.

A hermenêutica em geral busca métodos de interpretação adequados à fundamentação de uma compreensão a mais precisa possível; já a hermenêutica do direito, ela busca métodos de interpretação adequados a uma fundamentação de duas faces: de um lado, determinar o sentido das expressões do direito, e, paralelamente, determinar o alcance de tais expressões. Pode-se, assim, afirmar que a função principal da hermenêutica do direito, ou, de uma hermenêutica aplicada ao direito, não é determinar o sentido de um texto jurídico, mas o de determinar seu alcance, isto é, sua aplicação, a qual “consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada [, isto é] descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”²³

Os discursos em geral são discursos que estão no passado, já aconteceram, e a ação interpretativa é declarativa: em termos simples, ela

²⁰ SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 29.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 13.

²² SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 39.

²³ MAXIMILIANO, op. cit., p. 19.

busca dizer um significado. Já o discurso jurídico é um discurso duplamente voltado para o futuro. Em um primeiro momento sua interpretação importará em dizer um significado entre seus sentidos possíveis, e, em um momento posterior, importará em determinar seu alcance em relação a um fato jurídico.²⁴ Isso implica que a interpretação do direito é uma interpretação provisoriamente declarativa e, como consequência, também constitutiva. Primeiro declara-se o sentido provável da norma jurídica, e, em seguida, e com base nessa declaração, constitui-se o seu alcance, o qual somente no momento da interpretação é determinável.

A hermenêutica jurídica, contudo, é uma ciência restrita, aplicável por iniciados, em especial por aqueles a quem cabe aplicá-la,²⁵ e referente a um conhecimento por conhecer, isto é, referente a um direito em constante construção.

Embora “também os indivíduos, que têm – não de aplicar, mas – de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, [precisem] de compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas”,²⁶ a interpretação que tais indivíduos praticam não é uma interpretação jurídica, isto é, própria do direito, mas uma interpretação comum do direito. O que uma pessoa comum faz ao interpretar um texto normativo é praticar uma hermenêutica que não é própria para o direito, como se se aplicasse uma técnica de natação profissional em piscina para nadar no mar. A hermenêutica jurídica restringe-se, portanto, a interpretar o direito para aplicá-lo, não para cumpri-lo.

[... É] impossível pensar em cumprimento da norma sem interpretá-la. Para que se possa observá-la, antes há que compreender o seu significado, para identificar o que se estatuiu como comportamento.

[...]

*A interpretação das leis em geral é objeto de antiga, extensa e abrangente análise, contando com bibliografia quase inesgotável. Também a interpretação dos negócios jurídicos não costuma ser descurada.*²⁷

²⁴ É preciso aqui prestar um esclarecimento. Essa afirmação sobre a interpretação do discurso jurídico é feita exclusivamente orientada pela discussão a que se propõe este trabalho: a interpretação do direito segundo o postulado por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.

²⁵ Nesse sentido é a interpretação autêntica de Hans Kelsen: “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.” **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 394.

²⁶ KELSEN, idem, p. 387-388.

²⁷ MALLETT, Estevão. Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais. São Paulo: LTr, 2009, p. 13 e 18.

A hermenêutica jurídica, tal como se apresenta, é uma hermenêutica intrajurídica, ou seja, ela existe para teorizar a interpretação do direito no mundo do direito, não para fazê-lo no mundo em que o direito deve concretizar-se como comportamento normatizado. Para a pessoa comum não há espaço na hermenêutica jurídica. Ela está fadada aos equívocos que uma interpretação do direito com técnicas de uma interpretação universal sujeita-se.

O que falta à pessoa comum em seu processo de interpretação da lei é um ponto de contato entre esse seu processo e o processo de interpretação jurídica. Essa ausência de confluência torna a interpretação da lei para a pessoa comum, muitas vezes, um pulo em um rio desconhecido. Faz-se necessário um ponto comum entre a pretensão do ordenamento jurídico de fazer-se entender e os instrumentos hermenêuticos de que se podem utilizar seus destinatários. Manter-se um distanciamento entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica é retirar por completo a segurança jurídica, e manter a pessoa comum em um permanente estado de risco, em que a interpretação da lei para cumpri-la (e não para aplicá-la) é uma constante aventura.

[...] seguramente se o que é para ser compreendido fosse completamente estranho àquele que deve compreender, e não houvesse nada de comum entre ambos, então, não haveria ponto de contato para a compreensão. [...] (quando tudo fosse absolutamente estranho,) a hermenêutica não saberia entabular o seu trabalho.²⁸

3. DIREITO

3.1. Direito e ordem jurídica. “a lei” para a pessoa comum

“O Direito é a ciência da palavra.”²⁹ Embora melhor fosse dizer que o direito é uma ciência afeta à linguagem, referir o direito à palavra adequa-se com melhor precisão ao que se pretende expor neste capítulo.

Uma pessoa comum, no processo de interpretação³⁰, ela, normalmente, alcança apenas o seu início: a intelecção. Desse modo, a pessoa comum lança mão basicamente de dois recursos que a língua fornece-lhe: a sintaxe e o vocabulário.

²⁸ SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 31.

²⁹ XAVIER, Ronaldo Caldeira. Português no direito. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 10.

³⁰ Sobre o processo de interpretação, Cf. BASTOS, op. cit., p. 55-63.

A sintaxe usada é a mais simples, sem complexidades como subordinações de subordinações, inversões à ordem direta da oração e intercalações. O vocabulário técnico é desconhecido; e quando é conhecido, em geral sofre influência de folhetins e de programas não técnicos (quantas pessoas assistem à TV Justiça?), os quais atribuem significados ou imprecisos, ou incorretos, salvo raros episódios. Contudo, é sem dúvida o vocabulário, a palavra em si o que de mais árduo há para a compreensão do direito como ordem jurídica.

Direito, ordenamento jurídico e ordem jurídica, embora muitas vezes sejam havidas como sinônimos, convém que sejam entendidos distintamente.

O ordenamento jurídico seria o conjunto de atos normativos. Assim, as leis, a constituição, as portarias, os decretos, os sinais do agente de trânsito, o dispositivo da sentença judicial com trânsito em julgado, todos esses atos normativos e outros formam esse conjunto.

O direito, por sua vez, estaria além do ordenamento jurídico, englobando-o. O direito não seria apenas o ordenamento jurídico, mas igualmente o pensamento sobre ele, sobre as pretensões e as impossibilidades de sua mudança, sobre as razões de decidir.

A ordem jurídica seria o resultado da aplicação da confluência do direito e do ordenamento jurídico. Exemplificativamente, existiria, no Brasil, uma ordem jurídica subjacente a seu ordenamento jurídico, e mesmo ao direito, de que a pena privativa de liberdade é “lei” somente para os “descamisados”, enquanto os “colarinhos brancos” estariam imunes a ela. Para uma pessoa comum, essa ordem jurídica é o direito, ou, mais precisamente, a lei.³¹

3.2. Linguagem comum e linguagem legislativa. A “tecnolinguagem” da lei e a pessoa comum

Nesse passo, é necessário estabelecer-se uma distinção entre a linguagem cotidiana e a linguagem jurídica, e mais especificamente a tecnolinguagem, a qual “só é entendida por indivíduos preparados neste novo jargão legislativo. Daí que a norma passa a se mostrar inalcançável para o cidadão”.³²

³¹ Note-se que o Código de Processo Civil em vigor, Lei nº 5.869, de 1973, em seu art. 126 refere-se a lei ao que o em *vacatio legis*, Lei nº 13.105, de 2015, em seu art. 140 refere-se a ordenamento jurídico.

³² LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direitos. Tradução de Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

A linguagem comum é aquela que as pessoas usam cotidianamente, em sua comunicação dos fatos da vida, compromissadas predominantemente com a comunicação efetiva de seus pensamentos, em detrimento da sintaxe e da precisão vocabular. Nessa comunicação é muito mais importante *o que se quer comunicar* – e efetivamente comunicá-lo – do que *como* comunicar-se.

A linguagem técnica, e fundamentalmente a linguagem do direito, busca compatibilizar tanto *o que* comunicar quanto *como* comunicar. “Uma coisa é falar para atender às necessidades triviais de comunicação, outra, bem diferente, falar com precisão no exercício da profissão eleita”, isto é, no exercício do direito. Não basta efetivar uma comunicação, ela precisa também ser precisa.

A tecnolinguagem traz um problema em si, que é mesmo um dilema: ela não só precisa ser técnica como necessita, e talvez ainda mais, ser entendida por quem não a conhece. Quem está preparado para entendê-la são pessoas a quem se atribui um poder de fazê-las cumprir, pois “se torna muito difícil pensar que um regulamento sobre a circulação rodoviária seja feito para os guardas de trânsito, inclusive para os juízes, e não para os motoristas”³³

É fato, contudo, que a linguagem técnica do direito, em especial aquela utilizada na elaboração legislativa, não pode se deixar levar pela polissemia popular, menos ainda por sua sinonimização. É necessário “perceber que, onde o emprego vulgar não distingue, a Jurisprudência propõe uma série de sutilezas semânticas. Assim [verifica-se], por exemplo, que *domicílio*, *residência* e *habitação* diferem juridicamente entre si”³⁴

3.3. A interpretação da “lei” pela pessoa comum

“O homem não pode [...] evitar a interpretação [...] Mesmo que ele nem perceba [...], é esse um trabalho contínuo”³⁵, e ela não está “limitada meramente às produções literárias; pois [...] no curso de uma conversação (familiar) [realizam-se] operações hermenêuticas”³⁶

As pessoas comuns produzem uma interpretação elementar. Em

³³ LORENZETTI, idem, ibidem.

³⁴ XAVIER, op. cit., p. 10-11.

³⁵ ORLANDI, op. cit., p. 10.

³⁶ SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 33.

palavras simples, essa interpretação, que corresponde à inteligibilidade³⁷ do que é comunicado, é uma interpretação literal. Essa interpretação, *mutatis mutandis*, é aquela realizada por quem é aprendiz de uma nova língua. Embora falantes nativos, muitas pessoas não ultrapassam essa medida.

Essa interpretação é aquela cotidiana, que ocorre nos círculos de proximidade do falante, como sua família, seus amigos e seu trabalho. É com ela que as pessoas procuram interpretar as “leis”. Mas isso é falho. Algumas pessoas acreditam que do *dever* de “votar” decorre a *obrigação* de “votar em um candidato”, e entendem que votar nulo ou em branco é violar a lei, ainda que não seja um crime.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que se afasta a majorante da omissão de socorro “quando terceiros prestem socorro de imediato”³⁸, embora o §4º do art. 121 do Código Penal “fale” apenas que “a pena é aumentada [...] se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima”, e, por empréstimo, o art. 135 do mesmo código “fala” em “Deixar de prestar assistência [= socorro]”, com a única exceção de “quando possível fazê-lo sem risco pessoal [...] ou não pedir [...] o socorro da autoridade pública”. Uma interpretação *comum, não jurídica* desse texto de lei não autoriza que o agente não tenha culpa (aqui, no sentido jurídico), simplesmente porque *não está escrito isso*.

4. DEMOCRACIA

4.1. O que é democracia?

A democracia é um modelo de forma de governar segundo a qual o detentor do poder político é o povo.

Sob um modelo aristocrático, o detentor do poder político é um grupo, que se supõe formado pelos melhores cidadãos, que o exerce indiretamente, por meio de um representante seu. Sob um modelo autoritário, o detentor do poder político é uma pessoa ou um pequeno grupo, que o exerce diretamente. Nesses dois modelos de forma de governar, o Estado é gerido

³⁷ Cf. BASTOS, op. cit., p. 60.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 269.038-RS. Relator Min. Felix Fischer. Revista do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: STJ, Ano 26, Vol. 236: 703-750, outubro/dezembro de 2014, p. 718-719. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/>>

pelos interesses de alguns, que os impõem ao povo, o qual não lhes pode contrapor seus interesses. São modelos de escravidão governamental.

A pretensão da democracia é a participação de todos, do povo. Dessa forma, os interesses políticos são aqueles do povo, por maioria. O exercício do poder político é realizado pelo próprio detentor desse poder: o povo. Esse exercício dar-se-ia diretamente pelo povo.

Todavia,

o termo Democracia teve seu significado alterado no transcorrer da antiguidade para a modernidade. De um sistema de governo no qual o povo participa diretamente do poder executivo, a democracia passou a ser conhecida como um sistema Representativo de governo, cujos poderes Executivo e Legislativo são exercidos por representantes eleitos através do sufrágio popular.³⁹

Por meio dessa representatividade, os eleitos deveriam realizar os interesses do povo, impedido, pelas condições fáticas, de realizá-los diretamente. Esse, o modelo de democracia representativa, em substituição fática ao modelo de democracia pura. Nele, o povo elege pessoas do povo para, em seu lugar, proteger, defender e realizar seus interesses; de outro modo, o que há de democrático, além da falsa pretensão de sê-lo, é apenas o modo de assunção ao poder político, sendo, a partir de então, um governo ontologicamente aristocrático, no qual o significado de “melhor cidadão” é o de “ser um cidadão eleito”.

4.2. É possível governar sem leis?

As leis – de um ponto de vista do povo – são a materialização do direito, ou o próprio direito; aquilo que está na lei é um direito (um poder), e aquilo que não está, um não direito (ou, um dever de abstenção).

No mundo atual todas as pessoas vivem em sociedade. É possível imaginar que em algum tempo pessoas pudessem viver isoladamente, distantes mesmo de seu núcleo familiar, sua primeira sociedade; hoje isso pode até ocorrer, mas é um fato que não está em conformidade com o modo como o mundo está organizado; em todo o mundo há

³⁹ PORTAL CONSCIÊNCIA POLÍTICA. A democracia em Rousseau, p. 1. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/products/a-democracia-em-rousseau/>>

sempre uma sociedade que se impõe faticamente a todas as pessoas. Uma pessoa poderia viver em alto mar absolutamente desgarrada de qualquer sociedade, mas essa possibilidade parece-se mais a um suicídio ou a uma loucura, posto que ela viveria por algum tempo sem conviver, mas não sobreviveria sem isso.⁴⁰

Governar sem leis é um paradoxo. Há sempre um direito. Há sempre uma lei. Entre duas pessoas, entre dois grupos, entre duas nações, somente pode haver uma fática relação de não direito se houver entre elas também uma relação de não contato – e isso já é uma lei entre elas, ainda que essa não relação decorra de uma absoluta impossibilidade fática, porque seu não direito caracterizar-se-á por um direito do por enquanto ou enquanto durar tal situação.

Governar implica, segundo o exercício de um poder político, em impor interesses aos governados. Sem não há leis, o que impor? Assim, governar pressupõe a existência de um direito, e, portanto, de leis (no sentido de um ordenamento jurídico).

4.3. A “tecnolinguagem”, sua interpretação pela pessoa comum e o estado “sem” lei

O exercício incansável do juiz deve ser o de tornar compreensíveis suas decisões. Contudo, mesmo produzindo decisões com linguagem direta e simplificada, em determinadas circunstâncias, e imprescindível utilização de expressões técnicas. Dessa forma, e necessário que se crie um mecanismo eficaz para explicar ao cidadão, sem formação jurídica, o que, efetivamente, foi decidido. Da mesma forma que o médico não se restringe a dizer o nome da doença, mas busca explicar ao paciente o diagnóstico apresentado, o juiz não deve apenas julgar, mas precisa fazer com que o cidadão entenda o que foi decidido e as razões que o levaram a decidir daquela forma.⁴¹

A linguagem técnica do direito – em especial, como já apontado, a linguagem legislativa⁴², que está mais diretamente ligada à pessoa comum, sua destinatária – é uma linguagem especializada, e por isso técnica, e ao

⁴⁰ BASTOS, op. cit., p. 16.

⁴¹ ANDRIGHI, Fatima Nancy. Pela compreensão da Justiça. AMB. 2005, p. 1. <disponível em: http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques>.

⁴² Diga-se, a linguagem dita legislativa refere-se à linguagem aplicada à produção textual dos atos normativos, regulada pela Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm.

mesmo tempo uma linguagem erudita e rebuscada, distante dos padrões cotidianos do povo, ainda que se considere o padrão culto da língua.

As pessoas não iniciadas naquela linguagem são igualmente não iniciadas nas técnicas de interpretação dela. O padrão interpretativo dessas pessoas é igualmente o padrão cotidiano, diverso daquele realizado pelos iniciados no direito.

Uma vez que tais pessoas não são capazes de adequadamente entenderem a legislação, menos ainda são capazes de adequadamente entenderem o ordenamento jurídico, a situação fática que se apresenta é a de um Estado sem lei, porque, embora o Estado saiba o que impor, o povo não sabe o que se lhe impõe. Nesse passo,

Levando em consideração a dificuldade de, numa sociedade, por menor que seja, conseguir englobar a vontade geral, Rousseau propõe então a figura do legislador. “Esse elabora as leis sem ser o detentor do poder legislativo. Ou seja, ele organiza e enuncia as leis derivadas da vontade geral, mas quem tem o poder de declarar o que foi escrito como sendo uma lei é o povo, o único e legítimo soberano.”⁴³

4.4. Democracia e linguagem

democracia também é produto da linguagem. Ela pressupõe que haja um autogoverno, ainda que representativamente. Tal autogoverno não é, todavia, um governo individual ou grupal, mas coletivo: é o povo governando-se a si mesmo, por meio de seus representantes. Para tanto, é necessário que todos *falem a mesma língua*. Esse expressão traz em si o sentido de que a linguagem deve ser comum a todos, de modo que todos entendam-se, sob pena de arriscar-se a uma Torre de Babel da democracia. Nesse sentido, “o destinatário da mensagem [da lei] não é apenas o juiz, o desembargador ou o ministro, mas também o bancário, o mecânico e o comerciante...”⁴⁴

O que constrói a democracia é o exercício da linguagem por parte do povo, que a exerce por meio de seus representantes, os quais são eleitos, e o meio de eleição é o voto, e votar é falar. Assim, o legislador tem papel fundamental na

⁴³ GOMES, Fernanda da Silva. Rousseau – democracia e representação. Dissertação (Mestrado em Ética e Filosofia Política). Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006, p. 37.

⁴⁴ MACIEL, Roger Luiz. Linguagem jurídica: é difícil escrever direito? Teresina: JusNavegandi, 19 jul. 2007, p. 2. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10169/linguagem-juridica/print>>.

construção da democracia, porque ele não só tem a tarefa de eleger os interesses mais importantes do povo (de entre os interesses existentes, e, de entre estes, os possíveis), mas também – e precipuamente – a de transmutá-los em palavras.

Para explicitar seu entendimento sobre a figura do legislador, Rousseau escreveu um capítulo inteiro para falar exclusivamente do papel do legislador, cuja principal atribuição deveria ser captar a essência da vontade geral e, ao mesmo tempo, traduzi-la numa linguagem acessível ao povo.⁴⁵

[E ainda,] em matéria de direito e linguagem, é possível encontrar um ponto de equilíbrio entre o discurso técnico e a linguagem cotidiana que possa colocar o judiciário ao alcance de todos.⁴⁶

Todo governo realiza-se por meio de um direito, posto que todo governo pressupõe o contato de pessoas, e de todo contato de pessoas decorre algum direito, e todo direito realiza-se por meio de uma linguagem.

Hermenêutica, direito e democracia revelam faces de um Estado Democrático de Direito, em que um Estado, no exercício de seu poder político, por meio da democracia, em especial a representativa, exerce esse poder por meio do direito, que é a expressão material mais forte de todo contato humano, portanto, social: a linguagem. É tarefa da hermenêutica harmonizar o círculo da realização desse Estado – entre democracia e direito –, para torná-lo, por meio de seu entendimento, realizável.

Por essas razões, a simplificação da linguagem jurídica é necessária e prioritária. Isso, como exemplo, resultou em uma campanha nacional promovida pela Associação dos Magistrados do Brasil, cujo mote era: “Pela simplificação da linguagem jurídica. Ninguém valoriza o que não entende!”⁴⁷

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A linguagem jurídica tem se mostrado inadequada para a produção legislativa. Sua tecnolinguagem não pode ser, evidentemente, abandonada,

⁴⁵ PORTAL CONSCIÊNCIA POLÍTICA, op. cit., p. 8.

⁴⁶ LÜBKE, Helena Cristina. Pela simplificação da linguagem jurídica. In: III CIELLI, 2014, Maringá-PR. Pela Simplificação da Linguagem Jurídica, 2014, p. 2. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/web/portal/juridiques/book_premiados.pdf>.

⁴⁷ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL, op. cit., ibidem.

mas o que se há de adequar é a linguagem jurídica, especialmente a linguagem legislativa, aos padrões da linguagem comum, aquela praticada no cotidiano pelas pessoas comuns. Essa adequação tem uma razão bastante específica: tornar o entendimento do direito ao alcance das pessoas comuns, o que refletiria em uma melhor (e mais justa) governabilidade.

Para as pessoas comuns, a hermenêutica aplicada ao direito é algo que não está imediatamente a seu alcance, porque ela tem suas especificidades, dadas a conhecer por aqueles que, imediatamente, têm o direito como objeto de suas atividades profissionais, como juízes, advogados, legisladores. A hermenêutica filosófica, a seu turno, é uma hermenêutica pura, acadêmica, afastada, portanto, das especificidades da prática cotidiana. Adverte-se sobre a necessidade de estreitamento da hermenêutica do direito a uma hermenêutica cotidiana.

A seu turno, o direito, por sua linguagem própria – tecnolinguagem –, encontra-se distante do padrão da linguagem cotidiana, o que resulta em uma dificuldade de seu entendimento pelas pessoas comuns. Sua linguagem, em especial seu vocabulário, promove um distanciamento entre o que uma pessoa comum, por meio de sua hermenêutica cotidiana, é hábil a entender e aquilo que é a pretensão da lei de ser entendida em um determinado significado ou sentido. Adverte-se, aqui, sobre a necessidade de estreitamento da linguagem jurídica, em especial a legislativa, à linguagem comum.

Por fim, a democracia possível – uma vez que aquela ideal mostre-se inviável faticamente – deve ser exercida com vistas a promover a governabilidade. Tal governabilidade mostra-se adequada (aqui, a democracia) quando, e sempre que os governados são capazes de entender (aqui, a hermenêutica) suas leis (aqui, o direito), e isso alcance-se quando, e sempre que há uma comunhão hermenêutica, jurídica e democrática, isto é, quando, e sempre que as leis são feitas por representantes do povo e – como são feitas para o povo – em uma linguagem comum entre o governo e os governados.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fatima Nancy. Pela compreensão da Justiça. AMB. 2005. <disponível em: http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques>.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. In: Simplificação da linguagem jurídica.

- Brasília-DF, 2005. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/web/portal/juridiques/book_premiados.pdf>
- BASTOS, João. *Hermenêutica das sentenças judiciais*. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora-MG, 23/11/2013. Disponível em http://www.unipac.br/site/bb/bb_diss_res.php?id=70.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 269.038-RS. Relator Min. Felix Fischer. Revista do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: STJ, Ano 26, Vol. 236: 703-750, outubro/dezembro de 2014. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/>>
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 11ª ed.. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011.
- GOMES, Fernanda da Silva. *Rousseau – democracia e representação*. Dissertação (Mestrado em Ética e Filosofia Política). Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. Tradução de Bruno Miragem. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- LÜBKE, Helena Cristina. *Pela simplificação da linguagem jurídica*. In: III CIELLI, 2014, Maringá-PR. *Pela Simplificação da Linguagem Jurídica*, 2014.
- MACIEL, Roger Luiz. *Linguagem jurídica: é difícil escrever direito?* Teresina: Jus Navegandi, 19 jul. 2007. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/10169/linguagem-juridica/print>>.
- MALLET, Estevão. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, 287-288.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. *Interpretação: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico*. 5ª ed.. Campinas, SP: Pontes Editores, 2007.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1969.
- PORTAL CONSCIÊNCIA POLÍTICA. *A democracia em Rousseau*. Disponível em: <http://www.portalconscienciapolitica.com.br/products/a-democracia-em-rousseau/>.
- SCHLEIERMACHER, Friederich Daniel Erns. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso ReniBraidá. 8ª ed.. Vozes: Petrópolis, 2010.
- SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. 3ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2014, p. 25.
- XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Português no direito*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

*POR UM PLURALISMO
METODOLÓGICO NO DIREITO:
BREVES ESCLARECIMENTOS SOBRE
OS MÉTODOS DA ENTREVISTA E DA
ETNOGRAFIA DA DOUTRINA*

Maria Carolina Rodrigues Freitas¹ e Maria-Maria Martins Silva Stancati²

Resumo: O presente artigo pretende apresentar a relevância no uso dos métodos de pesquisa qualitativa, em especial a entrevista e a etnografia da doutrina, para analisar o Direito e a compreensão do fenômeno social pelo senso comum. Espera-se que com o breve relato sobre os dois métodos e as experiências de pesquisa com suas utilizações possam elucidar que a pesquisa qualitativa nos permite também compreender o Direito e operacionaliza-lo na sociedade, demonstrando com isso a necessidade de a academia abraçar o pluralismo metodológico para a construção de uma crítica à produção científica do Direito.

Palavras-chaves: pesquisa, empiria, metodologia.

FOR A METHODOLOGICAL PLURALISM AT LAW: BRIEF CLARIFICATIONS ABOUT METHODS IN INTERVIEWS AND LEGAL DOCTRINE'S ETHNOGRAPHY.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Público e Evolução Social – PPGD-UNESA/RJ, Bacharel em Direito pela UNESA, Bacharel em História pela UFRJ, Professora de Filosofia Geral e Jurídica, <http://lattes.cnpq.br/6072376918939497>

² Doutoranda e Mestre em Direito Público e Evolução Social – PPGD-UNESA/RJ, Pós-graduada em Direito Civil, Processo Civil e Empresarial pela UVA (2008), Bacharel em Direito pela UNESA (2007), Professora de Direito Civil - FD/UNESA-RJ e de Registros Públicos, <http://lattes.cnpq.br/2566805284846215>.

Abstract: The present article intends to present the relevance in the use of the methods of qualitative research, especially the interview and the ethnography of the doctrine, to analyze the Law and the understanding of the social phenomenon by the common sense. It is expected that with the brief report on the two methods and the research experiments with their uses can elucidate that qualitative research also allows us to understand the Law and operationalize it in society, thereby demonstrating the need for academia to embrace pluralism Methodological approach to construct a critique of the scientific production of law. Keywords: Research, empiria, methodology.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo científico pretende elucidar as dúvidas primárias sobre o método de pesquisa qualitativa e etnografia da doutrina aplicado no Direito. Espera-se que com estes breves relatos sejam desfeitos os preconceitos manifestados contra estes métodos de pesquisa e afastados os frequentes questionamentos sobre o seu caráter científico, pois o Direito comporta tanto a pesquisa dogmática/doutrinária quanto a empírica.

O trabalho se dividirá em duas partes: uma sobre a pesquisa qualitativa e outro sobre a pesquisa etnográfica da doutrina. Em ambos os casos, o objeto de estudo será um tema específico do Direito do qual se demonstrará que através destes, também se obterá resultados preciosos que se justificam como contribuição científica para a academia.

Quando o Direito se fecha em si fundado em seu poder ele perde a oportunidade de se questionar como objeto de pesquisa. Sua estruturação em verdades absolutas apresenta falhas latentes que a pesquisa empírica aponta não para criticar, mas para indicar que algo pode ser visto por outro filtro. Para tantos, as posições do Professor Doutor Roberto Kant de Lima e a Professora Doutora Bárbara Gomes Lupetti Baptista, especialmente com seu texto O Desafio de Realizar Pesquisa Empírica no Direito: Uma Contribuição Antropológica³, serviram para aclarar o campo de a forma como o Direito deveria ser estudado, especialmente nos trechos:

³ KANT DE LIMA, Roberto; GOMES, Bárbara Gomes Lupetti. O desafio de realizar pesquisa empírica. Disponível em: <http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf>. Acesso em 12 ago.2014.

“O fazer antropológico pressupõe a relativização de verdades consagradas enquanto o fazer jurídico através delas se reproduz, sendo este contraste metodológico um significativo obstáculo ao diálogo destes campos. Exercitar a aproximação destes saberes é a nossa proposta e fazê-lo neste espaço, da Ciência Política, assume especial relevância, não só pela interdisciplinaridade, mas também porque nos parece, definitivamente, que as respostas prontas e padronizadas que o Direito oferece para problemas dinâmicos e diferenciados enfrentados pelos Tribunais está causando uma grave crise de legitimidade do Judiciário.” (pág. 2)

“O olhar antropológico é, essencialmente, um olhar marcado pelo estranhamento, mas não no sentido de suspeição. Trata-se, na verdade, de uma forma peculiar de ver o mundo e as suas representações, partindo sempre, necessariamente, de um surpreender-se com tudo aquilo que, aos olhos dos outros, parece natural. Relativizar categorias e conceitos e desconstruir verdades consagradas é, pois, um importante exercício antropológico e pode ser, igualmente, um importante exercício jurídico, de grande valia para promover as consequentes transformações pelas quais o Judiciário vem lutando e necessita concretizar, caracterizando-se também como um esforço importante para se tentar romper com as formas tradicionais de produção, legitimação e consagração do saber jurídico.” (pág. 3)

Em posse um de um novo pensar e uma vontade de buscar o diferente desgarrando das amarras manualescas (Lenio Streck) e doutrinárias, que o pesquisador do Direito deve, ao menos, tentar olhar o objeto de pesquisa por um filtro diferente. Não será mais simples, pelo contrário, é uma pesquisa trabalhosa, tanto física quanto intelectualmente que floresce resultados muitas vezes inesperados, mas que necessários para bem compreender o Direito.

Os métodos aqui apresentados nos permitem compreender o Direito não como sinônimo de leis, mas como uma construção social, tão plural e multifacetada como são as manifestações culturais de cada sociedade. Mais do que isto, os métodos ventilados nos fazem questionar a neutralidade e a racionalidade da produção científica sobre o Direito e o papel desempenhado por ela na academia e na sociedade.

2. PESQUISA NO DIREITO

Iniciemos apontando a distinção básica entre a abordagem metodológica em ciências naturais/físicas e ciências sociais. De um modo geral o conhecimento científico é definido como aquele conhecimento sistemático que busca o que há de universal e permanente nos fenômenos através de um método que pressupõem uma inquirição racional do objeto, produzindo uma explicação crítica, objetiva, segura e exata.

Foi nesta vereda que no século XVIII as ciências chamadas humanas, ou do espírito, conseguiram alcançar um status de cientificidade. Com as obras de Giovanni Battista Vico e Montesquieu, os estudos dos fenômenos sociais reclamaram seu reconhecimento como ciência, buscando por um método científico que também lhes permitisse erigir suas conclusões à condição de verdades racionais e comprovadas.

Conforme crescia a necessidade em reclamar cientificidade aos seus trabalhos, crescia também a dúvida dos pesquisadores sociais sobre a validade de uma unicidade de método para as ciências naturais e as humanas. O debate ganha corpo com a reivindicação de uma base epistemológica própria para a ciência sociais feita por Wilhelm Dilthey.

Passa-se a considerar que o fenômeno social não permite o uso da mesma metodologia aplicada à observação dos fenômenos naturais. O cerne desta afirmação se concentra no fato de que fenômenos sociais não podem ser explicados, mas somente compreendidos. Ou seja, não é possível estabelecer nexos de causalidade, identificando antecedentes e consequentes necessários⁴, entre os fenômenos sociais, mas tão somente

⁴ Existe uma passagem no livro de Carlo Ginzburg que ilustra muito bem a necessidade de um outro método para as ciências sociais: “[...] Ninguém aprende o ofício de conhecedor ou de diagnosticador limitando-se a pôr em prática regras preexistentes. Neste tipo de conhecimento entram em jogo (diz-se normalmente) elementos imponderáveis: faro, golpe de vista, intuição [...]” (1989, 179). Neste mesmo sentido, ainda no século XIX, se posiciona Dilthey ao considerar que somente compreendemos um objeto das ciências humanas, que é produto de um contexto histórico-cultural como nós, na medida em que a nossa vivência, ou seja, nosso sistema de valores intrínsecos, estabelece conexões com o experiência coletiva que observamos, encontrando através da hermenêutica valores universais: “Porque compreendemos sólo mediante la transferencia de nuestra experiencia interna a una facticidad exterior en sí misma muerta” (1944, 137). Um século depois Miguel Reale ainda reafirma que a ciência jurídica necessita de uma método próprio, seguindo o raciocínio do paradigma indiciário muito bem apontado por Carlo Ginzburg, conforme se evidencia na seguinte passagem de seu livro *Filosofia do Direito*: “[...] Nesse sentido, a Ciência Jurídica assenta sobre uma larga base de experiência axiológica, valendo-se de dados que só a intuição pode apreender, para a elaboração e a verificação racionais [...]” (1989, 151).

interpretar seus sentidos através de seus fins. Como o objeto destas ciências humanas não contém informações em si mesmo, entender seus fins é observar o fenômeno dentro de um realidade histórico-cultural o que implica na busca por significados axiológicos, posto que são estes que dão sentido à conduta humana.

Ademais como não há relação de causalidade nos fenômenos sociais, resta ao cientista realizar não explicações, mas sim descrições do objeto analisado pelo ponto de vista daqueles que vivem a realidade. Tendo isto em mente, tomemos de empréstimo aquela percepção de Malinowski sobre o agir do antropólogo. Para ele a compreensão de um fenômeno ocorre quando se está imerso na realidade estudada e se responde a três questionamentos básicos que vão contribuir para a captação dos significados contextualizados: o que os sujeitos dizem sobre o que fazem, o que realmente fazem e o que pensam sobre o que fazem. Logo o cientista só tem acesso ao fenômeno social se está inserido naquela comunidade que pretende estudar e capta as percepções dos indivíduos que lá também estão inseridos.

Todavia esta abordagem empírica e a interação entre o pesquisador e o objeto que a antropologia emprestou às ciências sociais ainda eram mal vistas por supostamente carecerem de objetividade científica. Embora tenha reivindicado uma independência metodológica, as pesquisas nas ciências sociais que envolviam análises quantitativas eram melhor recepcionadas pela comunidade científica. A valorização da pesquisa quantitativa se dava por duas razões: a possibilidade verificação e confrontação de dados estatísticos, o que a aproxima das ciências naturais; e por, hipoteticamente, permitir um agir objetivo do pesquisador.

Contudo no decorrer desse século a ideia de objetividade na pesquisa científica passou a ser seriamente questionada, posto que até mesmo nas pesquisas quantitativas a subjetividade do pesquisador resta evidenciada pela escolha do tema, na forma de abordagem do seu objeto, no tratamento dos dados e na formulação de suas perguntas.

A ideia de objetividade e de conhecimentos imutáveis deu lugar à compreensão da ciência como um fenômeno social⁵, um produto cultural

⁵ Foucault nos mostra que a ciência é um produto do seu tempo, um discurso afetado por condições políticas, econômicas, institucionais, culturais e pelos valores compartilhados pelo grupo de cientista no qual o pesquisador se insere. O cientista age sob estas influências sem dar-se conta. Como afirma Silvio Zamboni

em contínua construção. Até aquelas ciências mais duras passaram a compreender que seus objetos e métodos são permeados por valores, por discursos intersubjetivos que definem suas escolhas e seus resultados.

É neste diapasão que na década de 1970 as ciências sociais experimentaram uma virada epistemológica e os métodos de pesquisa qualitativa passam a ocupar papel de destaque. Ora, nada mais intuitivo e subjetivo do que uma pesquisa qualitativa, que passa então a ser vista como instrumento metodológico complementar às pesquisas quantitativas, nada impedindo seu uso no Direito.

Enquanto as pesquisas quantitativas nos apresentam um universo amplo de forma numérica, pesquisa qualitativa nos permite um aprofundamento do fenômeno social avaliado, complementando a informação quantitativa. A integração dos dados obtidos por estes dois métodos permite alcançar um nível maior de compreensão e mensuração do objeto.

E, quando se fala em pesquisa no Direito logo se imagina a pesquisa dogmática com um texto em terceira pessoa, no estilo impessoal, recheado de formalidade linguística contendo inúmeras citações doutrinárias para reforçar o argumento defendido pelo pesquisador. Nesse tipo de pesquisa sempre se defende um tema, uma posição e busca comprovar que ela é melhor do que as posições existentes acerca do tema da pesquisa.

Todavia, além da aplicação da pesquisa empírica pelo método qualitativo de coleta de dados, há a etnografia, que pode ser do campo, ou no Direito, da doutrina. Neste último, o pesquisador se debruça nos livros de doutrina e imagina que está entrevistando o dito autor, colhendo dele dados relevantes. Com este olhar o pesquisador não pretende comprovar sua posição ou defender um tema. O objetivo é a simples descrição de como o tema escolhido da pesquisa ocorre na realidade. Ao contrário da dogmática que busca a teoria, a empiria busca a descrição do aspecto prático; a reação das pessoas que vivem o tema.

Pesquisar Direito soa como algo novo, principalmente nas Universidades privadas. A tradição da pesquisa em Direito, no Brasil, é fraca e tem sua raiz

“o cientista que trabalha dentro de um paradigma não consegue ver ou agir de maneira diferente, senão seguindo as guias dadas por esse paradigma” (Zamboni 2001, p.33), o que nos remete à naturalização de comportamentos socialmente construídos, conceito apresentado por Pierre Bordieu.

na criação das Faculdades⁶. Os cursos foram criados para que pudessem ser formados profissionais aptos a atuar em suas profissões, não pesquisadores. O ensino poderia fazer com que os bacharéis se transformassem em pensadores, principalmente os bacharéis de Direito, mas este não era o objetivo inicial.

A pesquisa em Direito, hoje, encontra dois caminhos: pesquisa doutrinária e pesquisa empírica. Ambas são válidas e trazem contribuições sociais, porém a primeira é mais aceita na comunidade jurídica que a segunda. Os motivos são variados e espelham a tradição do Direito ser entendido como poder, não como objeto a ser pesquisado, e sua dificuldade de ser compreendido como ciência.

A pesquisa doutrinária é a clássica no Direito, tanto no alienígena quanto no nacional. Os estudantes de Direito são inseridos nesse tipo de pesquisa sem perceber que é pesquisa. Desde o primeiro período da faculdade de Direito, os discentes devem ler o Manual de Direito Civil do autor “x”, Manual de Direito Penal do autor “y” e os tais Direito Descomplicado ou Simplificado.

O aluno cai no mar da citação bibliográfica com recorrência utilizando o argumento de autoridade inculcando em sua mente que isso é doutrina. Se o autor traz sua posição avalizada por outros autores citando-os é doutrina. Traz-se apenas sua posição, ou a sua e a contrária, mas não cita quem concorda com ele é um autor prepotente; daqueles tipos que se acha deus.

Essa contaminação pelos livros utilizados na graduação e pela falta de informação sobre o que é pesquisa cria a falsa impressão do que seria pesquisa doutrinária. Ao contrário dessa impressão, a pesquisa doutrinária é quando o autor realmente pesquisa o assunto não podendo ser confundida com mera revisão bibliográfica, como ocorre na maioria dos manuais.

Já a pesquisa empírica no Direito enfrenta primeiro o preconceito de sua aceitação. Por derivar as ciências sociais⁷ como a Antropologia, Sociologia, História e outros, não é aceito no Direito, por aqueles serem entendidos como ciência menor, e o último tem status de ciência maior ligada a estrutura de

⁶ Neste ponto indicamos ao leitor ler sobre a diferença de criação das Universidades no Brasil e no Mundo. Enquanto em territórios estrangeiros as Universidades eram criadas por grupos de pessoas, caracterizando uma instituição privada com o objetivo de formar pensadores e pesquisadores, no Brasil, as Universidades foram criadas pelo Poder Público, com o objetivo de formar profissionais, exemplificando: em 1827 (Faculdade de Direito em Pernambuco), 1900 (Faculdade Livre de Direito em Porto Alegre) e 1920 (UFRJ).

⁷ Interessante notar que Direito faz parte das ciências sociais aplicadas ou sociais normativas. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. São Paulo: Atlas, 1980.

poder. Direito é sinônimo de poder. As outras ciências sociais não. Essa é a visão da maioria dos ditos doutrinadores atuais, grupos de estudo e de pesquisa em Direito.

Sendo aceito o uso da metodologia de observação dos fenômenos naturais para descrever as práticas jurídicas, este poderá ser um dos caminhos da pesquisa empírica no Direito que se está tentando trilhar. Para os que entendem que o Direito não pode ser observado⁸, os resultados de suas práticas podem, e observar estas gera um novo conhecimento do mesmo objeto doutrinário elegido para a pesquisa.

Há grupos de pesquisa que estão rompendo que esta visão de pesquisa dogmática aceitando a pesquisa empírica no Direito⁹, estimulando-a nos bancos da academia. Pesquisar o Direito na forma da empiria é olhar o mesmo objeto com outros olhos, pelo filtro das ciências sociais. É olhar pelo filtro da Antropologia, da Sociologia, da História; é agregar conhecimento aos Direito até então visto somente pelo filtro da dogmática. Agregar esses valores na pesquisa jurídica é agregar novos dados ao objeto a partir de nova análise do mesmo.

3. PESQUISA QUALITATIVA: FOCO NA ENTREVISTA

Ao contrário do método quantitativo, a pesquisa qualitativa não emprega dados estatísticos e não pretende extrair regras dos seus resultados ou comprovar hipóteses. Seu objetivo é de explicitar realidade em toda sua diversidade. Assim o interesse do pesquisador é encontrar as percepções individuais de determinados fenômenos com toda sua profusão de subjetividade e visualizar como e porque os fenômenos se manifestam.

Em razão de não pretender planificar o cenário analisado e as respostas, o pesquisador experimenta uma flexibilidade na forma de conduzir sua pesquisa. Portanto, ainda que haja regras para conduzir a análise, o pesquisador não

⁸ Vale ressaltar que há a discussão se o Direito seria ou não ciência. Neste sentido: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹ Exemplifico este fenômeno com os vários grupos de pesquisa que estimulam a pesquisa empírica no Direito, dentre eles o grupo que as autoras deste artigo estão inseridas: NEDCPD do PPGD/UNESA-RJ – Núcleo de Estudos em Direito, Cidadania, Processo e Discurso do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá – RJ.

fica adstrito a elas e diante de uma situação concreta pode moldar as regras metodológicas com o fito de melhor compreender seu objeto.

Passemos então a explicitar quais seriam os métodos qualitativos. Podemos apresentar num rol não taxativo, os seguintes métodos: o estudo de caso, a observação participativa, análise documental, entrevista em profundidade, entrevista em grupo e história de vida. Aqui nos ocuparemos em apresentar método da entrevista em profundidade por ser ele profícuo no campo do Direito.

Na entrevista em profundidade ou a entrevista em grupo a quantidade é substituída pela intensidade e o importante é enxergar o fenômeno de forma crítica, densa e através de várias perspectivas. As percepções obtidas devem ser analisadas, através de uma interpretação indutiva, e apresentada de forma estruturada e coerente com a compreensão teórica que foi desenvolvida sobre o tema.

A validade desta técnica depende de três fatores: a adequada seleção de entrevistados, a utilização de procedimentos aptos a produzir resultados seguros e a descrição dos dados de forma articulada ao quadro teórico previamente traçado.

Como o que se busca é a experiência subjetiva do entrevistado, é importante que este tenha aptidão para fornecer as informações relevantes que o pesquisador pretende obter. Estes sujeitos devem experimentar o fenômeno analisado. Portanto, poucos entrevistados bastam, contanto que estejam envolvidos na situação analisada e que sejam suficientes para mostrar compreensões diversas sobre o mesmo fenômeno.

A diversidade de perspectivas sobre o fenômeno é de extrema importância. Isto se deve ao fato de que uma análise desta diversidade torna possível limitar a influência de uma fonte politicamente mais relevante. A título de exemplificação, algumas vezes uma descrição do fenômeno realizada por uma secretária é mais relevante do que a informação prestada pelo próprio magistrado. Deste modo a importância da informação não está na autoridade do entrevistado, mas na relevância para a percepção do fenômeno.

Tendo em mente esta necessidade de diversidade podemos identificar três categorias de entrevistados: os especialistas sobre o tema,

testemunhas privilegiadas e os sujeitos sociais objetos do estudo. Formuladas estas categorias destacam-se cinco espécies de sujeitos: o especialista, o informante-chave, o informante-padrão, o informante complementar e o informante-extremista.

O especialista é aquele que detém conhecimento sobre o assunto, mas não está envolvido diretamente com o objeto. Já o informante-chave está envolvido com o objeto e tem informações fundamentais sobre o fenômeno analisado. De outra via o informante-padrão é aquele também envolvido, mas que sua exclusão não repercute negativamente na pesquisa. O informante complementar é aquele sugerido por outro entrevistado. Por fim o informante-extremista é aquele que apresenta uma compreensão contrária aos entrevistados principais por uma questão ideológica ou pessoal. Esclarecida como deve ser feita a escolha dos entrevistados e o papel de cada um no decorrer da pesquisa, nos resta esclarecer como deve ser conduzida a pesquisa.

As entrevistas podem ocorrer de forma aberta, semi-aberta ou fechada. A aberta é aquela que não possui roteiro ou perguntas pré-definidas, fluindo livremente conforme os assuntos forem surgindo. A semi-aberta é aquela que possui um roteiro e perguntas já definidas, mas que está aberta à alterações de acordo com a dinâmica estabelecida na entrevista. Em derradeiro a fechada que segue um questionário estruturado e com perguntas iguais para todos, de modo que se possa estabelecer uma comparação entre os entrevistados.

O entrevistador pode adotar uma postura passiva, na qual é mero ouvinte do entrevistado, uma postura forte, quando adota uma postura agressiva e questionadora, ou neutro, adotando uma postura conciliadora e de estímulo ao discurso. Como o entrevistado deve se sentir confortável para que forneça o máximo de informações ao pesquisador, interessante que ele escolha o local e horário para a entrevista. A entrevista não deve ser muito longa e o pesquisador deve ser capaz de manter o interesse do entrevistado e o foco nas questões que são pertinentes para sua pesquisa.

O pesquisador deve planejar a sequência de entrevistas, o ideal é que se comece do entrevistado autoridade para os sujeitos. Deve ser planejado um roteiro de perguntas de modo que mesmo em entrevistas abertas o pesquisador tenha condições de se situar e lembrar quais são os pontos fundamentais a serem abordados. Ao formular as perguntas deve-se pensar

fatores ou circunstâncias que causem distorções nas respostas. É importante que o pesquisador teste o seu questionário antes de iniciar a pesquisa para identificar e corrigir possíveis falhas.

A entrevista deve começar com a apresentação do pesquisador e um brevíssimo relato sobre seus objetivos com esta pesquisa. O pesquisador deve criar um ambiente seguro e íntimo suficiente para que o entrevistado se sinta estimulado a fazer um relato honesto de sua percepção. Ainda que dados demográficos não sejam inicialmente preponderantes à pesquisa, devem ser realizadas perguntas sobre os dados básicos do entrevistado, tal como local de residência e renda, para que seja possível contextualizar seu depoimento.

No decorrer da entrevista o pesquisador não deve julgar a opinião ou esclarecer o entrevistado, mas podem ser apresentadas visões distintas à do entrevistado para a percepção de sua reação e da sua capacidade de reflexão sobre o fenômeno.

O pesquisador deve formular uma pergunta por vez e dar tempo para que o entrevistado possa respondê-la, silêncios também evidenciam o comportamento do entrevistado. Se o entrevistado não compreender, repita ou reformule a questão. Em igual sentido, se o pesquisador não compreender a resposta do entrevistado, questione-o novamente de modo a ter certeza que a verdadeira conotação de um conceito utilizado foi apreendida. Podem ser solicitados ao entrevistado exemplos ou experiências.

A entrevista deve ser anotada e gravada para que seja possível a posterior comparação entre a percepção do pesquisador que foi formulada no momento da entrevista e a realidade da entrevista após transcrita. É também importante anotar uma descrição do local da entrevista e o comportamento do entrevistado, pois tais informações podem emprestar um maior significado à sua fala.

Por fim, o encerramento da entrevista deve se dar com a formulação das perguntas mais complexas e com o questionamento ao entrevistado sobre se deseja acrescentar alguma outra informação ou elucidar alguma dúvida. Se os entrevistados estiverem disponíveis e estimulados a contribuir com a pesquisa, podem ser realizadas mais de uma entrevista de modo a permitir sua confrontação e aprofundamento de questões.

Em todo o processo o pesquisador deve ser vigilante quanto a sua parcialidade e evitar, por exemplo, valorizar informações que confirmem sua perspectiva sobre o objeto ou deixar de ouvir entrevistados discordantes. O aconselhado é que permanentemente ele confronte as informações obtidas em relatórios parciais, que já serviram de guia para o prosseguimento do trabalho. Sendo assim, identificado que já foram produzidos dados diversificados e que as informações passam a se repetir, o pesquisador pode encerrar esta fase de pesquisa.

Como o pesquisador do Direito sofre o preconceito ao apresentar uma pesquisa que não seja dogmática, para se afastar a sombra da parcialidade nos resultados da pesquisa qualitativa deve-se mencionar todos os passos percorridos pelo pesquisador. Desse modo ele reconhece a sua subjetividade na pesquisa, atitude que a pesquisa quantitativa ignora, e ao reconhecer permite seu controle e a explicitação de seus resultados. É como afirma Pedro Demo “é mais fácil controlar o que não se camufla”¹⁰

Igualmente, ao apresentar todos os passos percorridos e explicitar, inclusive, os resultados negativos e dificuldades para desenvolver a pesquisa, o pesquisador permite que sua conclusão possa ser refutada por outro pesquisador, posto que ficou evidenciado o caminho percorrido em sua análise do objeto.

Ademais o pesquisador pode, através da observação da repetição de comportamentos, afastar seus estereótipos na medida em que o dado obtido confronta sistematicamente sua compreensão inicial do fenômeno. Assim a confrontação entre perspectiva e resultado não trata somente de confirmar ou refutar uma hipótese, mas de, num processo dialético, permitir que o pesquisador identifique sua percepção individual sobre o objeto e retire esta percepção da conclusão da pesquisa.

Ainda com o objetivo de aumentar o grau de imparcialidade das pesquisas qualitativas, o pesquisador deve se preocupar em analisar todos aqueles envolvidos com o fenômeno em grau de hierarquia diferente para então constatar se a percepção individual sobre o fenômeno varia de acordo com a posição ocupada naquela hierarquia. Desse modo o pesquisador evita manifestar sua predileção por um dos grupos envolvidos.

¹⁰ DEMO, Pedro. Avaliação qualitativa. Campinas: Autores Associados, 2008, p.12.

Um grande obstáculo do pesquisador é a adesão dos sujeitos entrevistados. O indivíduo pode falsear uma resposta e expor aquilo que se espera que ele faça, mas não o que ele realmente faz. Os indivíduos podem não responder determinadas perguntas ou cair em contradição. Outrossim determinados grupos e instituições sequer permitem ser entrevistados. Para minimizar o primeiro problema o pesquisador pode estabelecer um contato mais prolongado ou íntimo com o entrevistado de modo que o permita identificar o falseio.

Quanto ao segundo problema, a negativa de resposta e a contradição dizem muito sobre o comportamento dos indivíduos. Já quanto a negativa de participação, o pesquisador deve explicar o porquê deixou de realizar sua pesquisa sob a perspectiva daquele grupo ou instituição, o que também nos revela escolhas políticas e ideológicas deles e tem relevância na pesquisa.

Na fase final do trabalho o pesquisador deve descrever detalhadamente as entrevistas, o processo e as dificuldades experimentadas. De posse da descrição poderá identificar as consistências das argumentações e relacionar as informações obtidas. Num processo classificatório o pesquisador deverá separar as informações em categorias que serão analisadas em profundidade.

Todavia a pesquisa qualitativa não é concluída pela simples confrontação entre os dados obtidos pelas entrevistas, é preciso sua articulação com outras fontes e com os marcos teóricos da pesquisa de modo a permitir construir uma crítica descritiva sobre o objeto estudado.

4. ETNOGRAFIA DA DOUTRINA

A pesquisa etnográfica se divide em etnografia da doutrina e etnografia do campo. Ambas são aceitas no Direito, com restrições já esclarecidas, por grupos que tentam inovar a forma de pensar o Direito. No Rio de Janeiro esse tipo de pesquisa recebe grande influência do Prof. Dr. Roberto Kant de Lima, que possui formação em Direito e Antropologia, inaugurando esse método de pesquisa no estudo do Direito em sua pesquisa comparativa dos institutos do Júri no Brasil e nos Estados Unidos.

A etnografia da doutrina consiste em descrever como a doutrina trata o tema apontando as características dos textos analisados como: estrutura

da forma textual, posição topográfica dos conteúdos citados, verificação de recorrência, verificação da preocupação com a taxonomia, com a bricolagem, o uso do argumento de autoridade, os tipos de citações utilizados, as citações legislativas apontadas.

O campo desta etnografia são as bibliografias escolhidas que pode ser textos de livros, artigos físicos ou digitais, anais de congressos e eventos, revistas e outros. E, seu objetivo é apenas descritivo, não devendo o autor da etnografia, emitir juízos de valor indicando que tal posição foi ou não acertada, que o autor analisado deveria ter levado em consideração os fatos “x”, “y” e “z”. Essa postura de posicionamento denota uma pesquisa doutrinária, não etnográfica.

Na etnografia da doutrina, o pesquisador pode colher dados objetivos como: números de autores que escreveram sobre determinado assunto, sua qualificação acadêmica, se a produção derivou da pós-graduação ou de concurso de livre docência. Pode ainda fazer um quadro explicitando o número de repetições encontradas, como por exemplo: dentre os autores escolhidos, quais citam o doutrinador “x” e quantas vezes, as citações são sempre as mesmas ou muda em alguma obra analisada...

O campo da etnografia da doutrina é tão amplo quanto o campo da etnografia das pessoas ou comunidades, basta saber fazer as perguntas certas e olhar as obras a serem analisadas como pessoas que se podem extrair dados e não como livros que detém verdades absolutas; olhar comum dos estudantes de Direito.

Ilustrando a etnografia do campo, Malinowski é o ponto inicial para se entender o método. Ler “Argonautas do Pacífico Ocidental” e “Crime e Costume nas Sociedades Selvagens” são apenas dois dos exemplos de visualizar como se faz esse tipo de etnografia onde o pesquisador é também ator do trabalho pois ele se insere no campo vivendo com seu objeto de pesquisa. Aprende-se a etnografia lendo etnografias já feitas, mesmo que de outras áreas que não o Direito.

Na área do Direito, a Prof.^a Dr.^a. Bárbara Gomes Lupetti Baptista é detentora de uma etnografia sobre o princípio da oralidade na prática. Portadora do conhecimento jurídico, despiu-se deste para analisar, no campo das audiências, como o princípio da oralidade se comportava e como

os operadores do direito compreendiam o fenômeno. Constatou-se que a prática é bem diferente do que os livros trazem como oralidade.

Tanto no trabalho do Kant de Lima quanto da Bárbara Lupetti, os resultados trouxeram uma verdade: o campo é diferente dos livros. Essa verdade já era conhecida, mas foi comprovada pela pesquisa empírica no Direito. Por isso a importância dessa modalidade de pesquisa para responder a pergunta: Será que no mundo fático ocorre o descrito no livro?

E responder essa pergunta é trazer soluções aos problemas enfrentados “pela doutrina”¹¹. Normalmente, os autores que fazem revisão bibliográfica intitulada de doutrina apresentam algum problema na aplicação da lei ou até alguma questão legal que de tanto ser suscitada nos tribunais se torna moda entre os operadores do Direito. Conforme já foi dito, a prática difere dos livros. Na forma abstrata o autor “x” pode apresentar uma solução doutrinária para a questão. Ela pode funcionar? Sim. Mas se tivesse um aporte metodológico da pesquisa doutrinária juntamente com a empírica os resultados seriam melhores.

Não basta imaginar como se resolve uma questão somente na teoria. Deve ser verificada sua aplicação prática e esta não deve ficar adstrita a mero exercício de futurologia. Há a necessidade de ir à campo, entrevistar as pessoas que fazem parte do campo, pois muitas vezes, a solução teórica não será a melhor na prática; pode, ao invés de ajudar, atrapalhar mais ainda a máquina que já não funciona tão bem¹².

As pesquisas empíricas e doutrinárias se complementam para que não reste somente o olhar teórico no exercício da abstração ou o olhar de

¹¹ Deixo a expressão entre aspas pelas críticas já feita a esta.

¹² Gosto de lembrar do exemplo da fábrica de pasta de dentes (autor desconhecido). Numa fábrica de pasta de dentes, o operacional era feito por máquinas tendo a mão de obra humana para corrigir os erros, falhas e alimentar a máquina. Certa vez percebeu que algumas caixas estavam vazias, faltando-lhe a pasta de dente. Foi chamado o engenheiro da fábrica que parou a linha de produção, estou o problema e depois de alguns dias disse que após ser embalada a pasta, o trabalhador deveria verificar a caixa. Caso estivesse vazia, ele pararia a máquina e faria os ajustes conforme estava sendo ensinado. Porém essa atitude gerava prejuízo para a fábrica e transtorno na linha de produção, tendo em vista ser um problema constante, a todo tempo a máquina precisava ser parada. Dias depois não houve mais problemas. O engenheiro foi parabenizado e quando foram entrevistados os trabalhadores para saber como o engenheiro havia auxiliado, um trabalhador disse que como “dava” muito trabalho ligar e desligar a máquina, a equipe fez uma “vaquinha” e comprou um ventilador instalando este no fim da esteira. As caixas vazias voariam com o vento sendo recolhidas, restando as caixas com a pasta de dente dentro. Este é um exemplo que a prática traz uma solução mais rápida e barata que a teoria.

campo, só com a prática. Principalmente no Direito essa complementaridade deve fazer parte da pesquisa. Assim, a etnografia somente de observação ou acompanhada de entrevistas auxilia a verificar a diferença entre o descrito na lei e a aplicação desta na prática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com uma teoria moderna do direito, nos parece que a pesquisa jurídica anda muito pouco preocupada com a realidade social. O direito, com suas respostas prontas e definitivas, ignora a realidade e não consegue atender à toda gama de demandas sociais, gerando uma crise na legitimada das instituições judiciais. O mesmo vale para os legisladores. Aí encontramos o cerne para o descompasso entre a organização formal do pensamento jurídico e a realidade social.

Ora, para estabelecer normas deve-se primeiro compreender aquele universo que se quer disciplinar. Nos parece que a compreensão profunda de um fenômeno ou uma realidade social só é possível através de uma análise qualitativa.

Um caminho promissor para tentar solucionar esta questão levantada é a adoção do olhar antropológico, marcado pelo estranhamento, pela relativização de conceitos e categorias. A pesquisa empírica antropológica volta seu foco para o que o direito é, e não para o dever ser normativo. Com isso se permite que o jurista reflita sobre suas práticas e tradições para que possa pensar o direito de outra perspectiva, num exercício de ruptura com a tradição jurídica, com suas respostas prontas e definitivas.

Indo além, como o jurista deve saber sobre a realidade que pretende intervir, deve-se realinhar a esfera formal do seu discurso com a realidade social. Desnudar a nossa sociedade e a complexidade dos seus problemas é o primeiro passo e a pesquisa qualitativa se mostra um eficaz instrumento para alcançar tal pretensão.

A adoção de tal método por aqueles que pretendem repensar nosso direito e nossas instituições é uma forma de arregar maior valor e eficácia aos preceitos que pretendem aplicar na realidade social explicitada em sua pesquisa, pois de nada adianta construções jurídicas formalmente perfeitas,

mas concretamente ineficazes em razão da completa ignorância sobre o terreno de sua aplicação.

No campo jurídico, embora as práticas aparentemente emanem de procedimentos constantes em leis, a interpretação destas normas para sua concretização está repleta de disposições subjetivas destes operadores que, de forma inconsciente, são produtores e reprodutores de sentidos herdados. Assim, as práticas jurídicas não representam a simples manifestação de normas, mas produto do *habitus*¹³ que intermedia estas regras através de significados sobre elas compartilhados pelo grupo, produzindo aquela cultura jurídica interna já descrita no capítulo anterior.

Estas práticas jurídicas são os atos, os procedimentos, as rotinas, os costumes e convenções que operadores do direito comungam no cotidiano forense, orquestrados de forma sistemática. É sob este universo que a pesquisa empírica deve se debruçar.

A ciência jurídica, principalmente porque voltada à formação de uma técnica que interfere na sociedade, deve se abrir ao diálogo com os outros saberes, buscar novas perspectivas para melhor atender sua finalidade. É especialmente sedutora para o direito a ideia da ciência moderna como produtora de verdades, de discursos de autoridade.

O jurista deve abandonar esta concepção do uso ideológico da ciência e abraçar a ideia de que seu saber é pragmático e precisa de uma visão interdisciplinar, só assim poderá melhor compreender a realidade na qual pretende intervir. Ao contrário de outras ciências meramente compreensivas, o direito, por seu caráter normativo, deve primordialmente se preocupar com uma melhor percepção da sociedade, estando sensível à todos seus valores e demandas. O monismo metódico e as barreiras criadas por ele não permitem a construção de uma ampla perspectiva da realidade.

¹³ O *habitus* seria a manifestação dos condicionamentos sociais exteriores através da subjetividade dos sujeitos, predispondo os indivíduos nas suas percepções e escolhas. Seria um princípio mediador entre o mundo objetivo e o mundo subjetivo, que articula disposições socialmente estruturadas através de experiências práticas que formam e condicionam a compreensão e o agir individual. Este instrumento epistêmico nos permite compreender porque nós mesmos, ainda que racionalmente defensores da autonomia e individualidade da criança, nos excluimos da categoria pessoa em alguma fase das nossas experiências infantojuvenil. Somos condicionados à, conscientemente ou inconsciente, reproduzir a despersonalização da infância que está na base da nossa cultura há séculos. Cf. ORTIZ, Renato (Org.). A Sociologia de Pierre Bourdieu. São Paulo: Olho D'água, 2007.

A interdisciplinaridade fomenta a libertação do saber da sua clausura institucional, ampliando a capacidade crítica dos cientistas na medida em que lhes permite identificar construções de objetos e verdades distintas das suas. Acompanhando o tom ditado pela ótica da interdisciplinaridade, o cientista não deve erguer muros entre as ciências, particularizando seu método e segregando seus objetos, mas sim construir pontes. É primordial que o jurista não se encerre no seu saber, que esteja aberto aos ecos de novas perspectivas, para que possa então cumprir seu papel de regular uma sociedade viva e pulsante.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. (2008) Os rituais judiciais e o princípio da oralidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris, Cap. 1.
- BECKER, Howard S. (2007) Métodos de pesquisa em ciências sociais. São Paulo: Hucitec, p17-46.
- DEMO, Pedro. (2008) Avaliação qualitativa. Campinas: Autores Associados, p.1-28.
- DILTHEY, Wilhelm. Introducción a las ciencias del espíritu. Tradução: Eugenio Ímaz. México : FCE, 1944.
- DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DUARTE, Jorge. (2005) Entrevista em profundidade. IN: BARROS, Antônio (org.). Métodos e técnicas de pesquisa em comunicação. São Paulo: Atlas.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. São Paulo: Atlas, 1980.
- FILGUEIRAS, Márcio de Paula. (2013) Alguns aspectos das relações entre doutrina e prática jurídica e suas implicações para o estudo etnográfico do direito brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 114. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13457&revista_caderno=24>. Acesso em 24 mar 2015.
- GINZBURG, Carlo. Mitos, emblemas, sinais : morfologia e história. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- GOLDENBERG, Mirian. (2004) A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Record.
- GOMES, Kant. O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica. Disponível em <<http://www.uff.br/ineac/?q=o-desafio-de-realizar-pesquisa-empirica-no-direito>>. Acesso em 16/03/2014.
- HAGUETTE, Teresa Maria Frota. Metodologias qualitativas na sociologia. Petrópolis: Vozes, 1992. p.63-90.

- KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a03n13.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2014.
- KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas e Direitos civis e direitos humanos. Disponível em:<<http://www.uff.br/ineac/?q=direitos-civis-e-direitos-humanos-no-brasil-uma-tradi%C3%A7%C3%A3o-judici%C3%A1ria-pr%C3%A9-republicana-0>>. Acesso em 12 ago. 2014.
- KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder. Disponível em:<<http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/02-anuarioantropologico-robertokant.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2014.
- KANT DE LIMA, Roberto; GOMES, Bárbara Gomes Lupetti. O desafio de realizar pesquisa empírica. Disponível em:<http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf>. Acesso em 12 ago.2014.
- MALINOWSKI, Bronislaw. Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. Cap. , p. 17-34. (Coleção os Pensadores).
- MALINOWSKI, Bronislaw. Crime e costume nas sociedades selvagens. Brasília: UnB,2003. Disponível em: <http://minhateca.com.br/atilamunizpa/Documentos/MALINOWSKI*2c+Bronis*c5*82aw.+Crime+e+Costume+na+Sociedade+Selvagem.+UNB,2864901.pdf>. Acesso em 12 agosto 2014
- ORTIZ, Renato (Org.). A Sociologia de Pierre Bourdieu. São Paulo: Olho D'água, 2007.
- REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RICHARDSON, Roberto Jarry. (2008) Pesquisa social: métodos e técnicas. São Paulo, Atlas, p.70-89.
- ZAMBONI, Silvio. A pesquisa em arte: um paralelo entre arte e ciências. Campinas: Autores Associados, 2001.

TRABALHO E DIGNIDADE HUMANA PARA EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL

*Reis Friede¹, Andréa Maria Silva de Assis² e Flávio Humberto
Pascarelli Lopes³*

Resumo: O discurso político em vigor desde o século XVIII implantou a ideia de que a sociedade em que vivemos é ideologicamente concebida como uma sociedade do trabalho. Este ensaio tem como objeto de reflexão a importância do labor humano para presidiários e egressos do sistema prisional, uma vez que o seu exercício é indissociavelmente atrelado ao *status* de cidadania. Primeiramente, buscou-se caracterizar o valor social do trabalho e suas relações com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o diálogo (nos dispositivos atinentes ao tema trabalho) entre a Constituição Federal Brasileira e a Lei de Execução Penal (LEP), e, por fim, argumenta que a inserção dos ex-detentos à sociedade passa necessariamente pelo acesso ao trabalho no cárcere e fora dele.

Palavras-chave: Egresso; Trabalho; Inserção Social; Cidadania.

WORK AND HUMAN DIGNITY TO THE EGRESS OF THE PRISON SYSTEM

¹ Desembargador Federal e ex-membro do Ministério Público. Mestre e Doutor em Direito pela UFRJ. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta. Autor de várias obras jurídicas, dentre as quais se destaca *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*, Editora Manole Universitária, 9ª edição, 2015.

² Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

³ Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e doutorando pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Abstract: The political speech in force since the 18th century has implemented the idea that we are ideologically conceived as a working society. This essay has as its object of reflection the importance of the human labor for the convicts and the egress of the prison system, given that its exercise is inextricably attached to the citizenship status. To begin with, we tried to characterize the social value of work and its relations with the principle of the dignity of the human person, as well as the dialogue (in what regards the subject work) between the Brazilian Constitution and the Law of Criminal Execution (Lei de Execução Penal - LEP), and, to finish off, it argues that the insertion of the egress in the society depends necessarily from the access to work inside and out the prison.

Keywords: Egress; Work; Social Insertion; Citizenship.

INTRODUÇÃO

O trabalho, no decorrer da história, transformou-se em um balizador das relações sociais e, como diria Bourdieu (2010), passou a formar *habitus* a partir dos quais se constrói a identidade social das pessoas e de grupos. Entretanto, nem sempre foi assim, pois na Antiguidade e mesmo na Idade Média, o trabalho era visto como castigo. A partir do Renascimento, consoante Nascimento (2004), com as ideias de valorização do trabalho como manifestação da cultura e, mais recentemente, nos preceitos constitucionais modernos, do trabalho como direito, como dever, direito-dever, ele se configura como valor fundante.

A evolução do conceito de trabalho deságua em sua consagração em todas as Constituições mundiais. No Brasil, na Constituição Federal de 1988, possui lugar de proeminência, assumindo a condição de princípio que oferece validade a todas as demais leis. Os princípios, conforme Nunes (2002), devem ser obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper, pois são eles que norteiam a interpretação de todas as demais normas que estão na Constituição Federal e, especialmente, as que estão abaixo dela. Os princípios “orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral (...) e dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcional fator aglutinante”. (NUNES, 2002, p. 38).

O trabalho humano, além de produzir riqueza, está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, o que reforça a sua qualidade principiológica, razão pela qual não deve ser analisado apenas sob a ótica material, mas também pelo seu caráter social e cultural. A contraprestação econômica, obviamente, é que permite ao trabalhador gozar dos demais direitos sociais, como moradia,

saúde, transporte, lazer, educação, segurança, vestuário, previdência social, entre outros direitos básicos, que só um trabalho digno pode oferecer.

O labor humano é também componente essencial para a justiça social e depende da adequada intervenção do Estado na relação entre agentes econômicos e trabalhadores, uma vez que a parte mais frágil se vê submetida à dominação imperativa do capital. Conforme estatuído na Constituição Federal, mais precisamente no capítulo destinado aos Princípios da atividade econômica, a Ordem Econômica prioriza a existência de todos com dignidade, nos moldes da justiça social, em detrimento de qualquer outro princípio que venha a vigorar na economia de mercado.

O valor social do trabalho, consagrado no inciso IV do art. 1º da CFRB/88, é um dos princípios constitucionais fundantes da República Federativa do Brasil. Da mesma forma, a Constituição brasileira estabelece como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho (art. 170), enquanto que a “ordem social tem como base o primado do trabalho” (art. 193).

Ora, se o trabalho reveste-se de valor social e se a própria ordem social se legitima e se constitui a partir do trabalho, é lógico que o labor representa um inquestionável dever cívico para todo e qualquer cidadão. E se isto é válido para o cidadão livre, o é também para o cidadão-condenado da Justiça Penal.

O TRABALHO DO PRESO E SUA FUNÇÃO EDUCATIVA

A Lei de Execução Penal, em seu art. 39, V, traz o trabalho como um dever do preso. Na realidade, a intenção da lei é preparar o condenado para uma profissão, de modo que este possa reinserir-se na sociedade após o cárcere, obtendo, assim, alguma fonte de renda.

Observa-se um entrave entre a CFRB/88 e a Lei de Execução Penal. A CFRB/88, em seu art. 5º, XLVII, estabelece que não existirá pena de trabalhos forçados. Contudo, a LEP prevê a obrigatoriedade do trabalho enquanto pena. Assim, a expressão “direito ao trabalho” contrapõe-se à expressão “dever de trabalhar”.

A obrigatoriedade está atrelada ao condenado no sentido de um dever de prestação pessoal, não configurando trabalho forçado, muito menos penoso, posto que este é vedado pela Carta Magna. Ao contrário disto, o trabalho proporciona diversos benefícios, além de afastar o ócio e a

tendência ao uso da mente para atividades de cunho reprovável. Por isto, é imperioso observar as aptidões e capacidade dos presos.

A LEP, além de prever o labor para o condenado, leva em conta suas aptidões e capacidade, sendo elas intelectuais, físicas, mentais e profissionais, para que não interfira negativamente na vida do preso, uma vez que o trabalho deve beneficiar e não prejudicar a sua ressocialização.

Além do trabalho figurar como direito social (art. 6º da CRFB/88), a Constituição Federal, ao estabelecer os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º da CFRB), destinou-os a todos, sem realizar qualquer distinção quanto aos egressos do sistema penal. Necessário lembrar que, se a própria Constituição não realizou a devida distinção, não pode uma norma infraconstitucional (anterior), ou mesmo seu intérprete, fazê-la.

Com base nessas premissas, em nenhuma hipótese podem ser afastados dos egressos os direitos contidos no art. 7º da CFRB, tais como décimo terceiro salário (inciso VIII), remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (inciso IX), repouso semanal remunerado (inciso XV) ou remido, gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (inciso XVII), licença da atividade laboral durante 180 dias para as gestantes (inciso XVIII), aviso prévio (inciso XXI) proporcional ao tempo de trabalho, adicional de remuneração (ou no mínimo adicional de remição) para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (inciso XXIII), entre outros.

A Lei de Execução Penal, além de visar à efetivação das disposições da sentença penal, tem por objetivo ético e político, o difícil e complexo desafio de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art.1º). No tocante ao trabalho penitenciário, compreendido como dever social e condição de dignidade humana, institui a lei que esse terá “finalidade educativa e produtiva” (art. 28, *caput*).

Afirma-se que foi por meio do trabalho que o homem tornou-se um ser social e que o trabalho no cárcere é muito mais que um direito, já que é um valioso método para o tratamento do condenado, visando obter sua ressocialização quando estiver vivendo em liberdade, após cumprir sua pena. Porém, apesar do labor ser uma das mais importantes maneiras de reinserção na sociedade, não se pode fazer disso uma forma de escravidão.

De fato, a ideia de trabalho como dever social focaliza a responsabilidade pessoal e social do egresso, como a de toda pessoa, ao assumir seu lugar na sociedade. É neste contexto que a reinserção social retira do trabalho o seu aspecto de opressão, castigo ou exploração.

Heleno Cláudio Fragoso (1995, p. 297) argumenta que o trabalho sempre foi considerado “elemento essencial ao tratamento penitenciário, por ser um dever social e condição da dignidade humana” e lastima que a realidade penitenciária de nosso país não forneça oportunidade de trabalho para a maioria dos condenados. Entretanto, admite não só a necessidade como também, implicitamente, a legitimidade da obrigatoriedade do trabalho prisional. Por sua característica ressocializadora é que o trabalho dos egressos não pode constituir uma agravação da pena, mas um instrumento de complementação do processo de reinserção social.

Atualmente, a expressão “trabalho obrigatório” deve ser interpretada à luz dos princípios político e jurídico que emanam da Constituição e do próprio sistema normativo infraconstitucional (Código Penal, Código de Processo Penal e LEP). Isto significa que, embora o Direito estabeleça o dever ao trabalho prisional, o preso pode recusar-se a trabalhar e o aparelho estatal responsável pela condução do processo material de execução da pena privativa de liberdade não poderá utilizar legitimamente de qualquer meio ou instrumento para compelir ao trabalho.

Cabe destacar que, além de estar positivada na maioria das legislações penais contemporâneas, a obrigatoriedade do trabalho prisional é prevista como uma das Regras Mínimas da ONU para o Tratamento do Presidiário (Regra nº 71.2). Trata-se, deste modo, de dever jurídico cuja fonte material ultrapassa o plano do Direito Interno para se projetar como uma norma jurídica de natureza reconhecidamente internacional.

O TRABALHO COMO DIREITO SOCIAL NO CÁRCERE E FORA DELE

A oportunização de chances de trabalho aos egressos do sistema penitenciário é fundamental mecanismo de redução da marginalização, dos efeitos criminógenos e, sobretudo, instrumento de afirmação da cidadania. Um preso reabilitado não é alguém que aprendeu a sobreviver bem na prisão, mas uma pessoa que tem êxito no mundo externo após sua soltura.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que prevê a “regeneração e reabilitação social” dos presos, só será cumprido se as prisões oferecerem habilidades que possibilitem a vida fora do cárcere. Isso significa, por exemplo, vincular o trabalho que os presos desempenham na penitenciária com as possibilidades de trabalho no mundo externo.

Também não é correto ministrar capacitações homogêneas para todos os presos, ou esperar desenvolvimento semelhante em certas habilidades, pois muitos são analfabetos, ao passo que outros podem ter sido professores. Alguns poderão ter chegado à prisão vindos de uma vida nas ruas; outros poderão vir de uma formação familiar forte, com perspectivas de trabalho após a soltura. Logo, para as atividades de reabilitação deve-se observar a história do preso e não apenas a sua condição de encarcerado.

Cada indivíduo que chega à penitenciária traz consigo experiências de vida anteriores à prisão e quase todas as pessoas presas serão soltas um dia. Para que uma pessoa se beneficie do tempo na prisão, a experiência deve ser vinculada àquilo que provavelmente acontecerá em sua vida após a soltura. A melhor forma de se estabelecer esse vínculo é elaborar um plano de como o preso pode usar os vários recursos disponíveis no sistema penitenciário. As pessoas presas precisam receber tarefas que garantam que elas não fiquem ociosas e que tenham um propósito. Toda a atividade quer seja agrícola, de alfabetização, quer seja de participação em programas culturais e artísticos, deve ser organizada de modo a contribuir para o fortalecimento das relações humanas e não para a sua deterioração.

Privar a pessoa de liberdade é uma punição muito severa. Por si só, a prisão é uma privação rigorosa de direitos e, assim, somente deve ser imposta por uma autoridade judicial em situações claramente definidas e quando não se vislumbrar alternativa razoável. Ainda, as autoridades penitenciárias não devem procurar aumentar a pena imposta pelo Poder Judiciário tratando os presos de modo desumano ou com uma severidade injustificada. Ao contrário, devem fazer tudo o que for possível para prevenir a deterioração física e mental daqueles que se encontram sob sua custódia.

Logo, o tratamento humanitário e digno deve oferecer oportunidades de mudança e desenvolvimento aos presos. Isso exige habilidades consideráveis e muito empenho. A maioria das penitenciárias está repleta de pessoas que estavam à margem da sociedade antes de serem presas. Muitas delas têm origem de extrema pobreza e vêm de famílias desestruturadas; uma alta percentagem delas estavam à época da prisão desempregada, com baixos níveis de escolaridade, algumas pessoas terão vivido nas ruas e não

terão qualquer vínculo social ou familiar. Modificar as perspectivas de vida de pessoas com tantas desvantagens não é tarefa fácil.

Os presídios devem ser espaços dotados de um amplo programa de atividades construtivas que ajudem os presos a melhorarem sua condição. No mínimo, a experiência da prisão não deve deixar as pessoas presas em condição pior do que quando começaram a cumprir a pena, e sim ajudá-las a manter e melhorar sua saúde e seu funcionamento intelectual e social.

Nada disso será fácil de alcançar, especialmente em muitas jurisdições que enfrentamos graves problemas da superpopulação, da escassez de servidores penitenciários capacitados e de poucas oportunidades de estabelecer vínculos com o mundo externo à prisão, além da recepção adversa dos ex-presidiários por parte da sociedade externa quando estes deixam o cárcere.

O trabalho é consectário da dignidade da pessoa humana, elemento fundamental e legitimador do Sistema Jurídico Nacional. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é o principal fundamento de todo o sistema constitucional brasileiro. “E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto Constitucional” (NUNES, 2002, p. 46).

A dignidade humana é inata e o ser humano possui direito a ela simplesmente pela sua existência enquanto pessoa, posto que é inerente à própria existência humana. O respeito à dignidade humana pressupõe o acesso aos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, a saber: trabalho, educação, habitação, saúde, segurança, previdência social, lazer, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Esses direitos devem estar coligados ao direito à vida, honra, liberdade, intimidade, vida privada, cultura, e demais direitos esparsos por todo o texto constitucional.

No que tange aos detentos, é notório que estes costumam ser os excluídos socialmente, pois trazem consigo os estigmas da segregação e miséria. Por isso, portam marcas do cárcere, uma vez que são justamente o que a sociedade não credita aos seus membros, ou seja, são as pessoas que a sociedade não deseja ter. Conforme Foucault (2002, p. 165), a penitenciária e todas as instâncias de controle individual funcionam num duplo modo: “o da divisão binária e da marcação (perigoso-inofensivo; normal-anormal); e o da determinação coercitiva, da repartição diferencial (quem ele é; onde

deve estar; como caracterizá-lo; como reconhecê-lo; como exercer sobre ele, de maneira individual, uma vigilância constante etc.)”.

Logo, o encarcerado reúne em si uma série de rótulos e sinais: pobres, analfabetos, negros. Muitas vezes, o baixo nível econômico e o estereótipo da marginalidade são relacionados à criminalidade, uma vez que a miséria é vista como a razão da criminalidade e os pobres são vistos como os seus agentes. Como consequência, o receio do crime acaba se transformando em medo dos pobres, que também são estigmatizados. “É inegável que, atualmente, o sistema penal alcança mais depressa os negros e pobres.” (KOSMINSKY; PINTO, 2005, p. 56).

Diante da real natureza dos processos de criminalização e das marcantes características do sistema penal, o papel do trabalho dos egressos passa a ser essencial para a redução dos níveis de vulnerabilidade social, considerando que na sociedade capitalista o exercício do trabalho é indissociavelmente atrelado ao *status* de cidadania. Conceber o objetivo de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da Lei de Execução Penal) sem a oportunidade de trabalho a este significa construir um escopo intangível, meramente programático e carente de percepção social.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
- _____. Lei de Execução Penal, nº 7.210, de 11 de julho de 1984.
- _____. Princípios Básicos para o tratamento dos reclusos. Resolução 45/111, de 14 de Dezembro de 1990.
- BOURDIEU, Pierre. A Distinção: Crítica social do julgamento. São Paulo: Edusp; Porto Alegre, RS: Zouk, 2007.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: A história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1997.
- FRAGOSO, H. C. Lições de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- KOSMINSKY, Ethel Volfzon; PINTO, Rute Bernardo; MIYASHIRO, Sandra Regina Galdino, Filhos de presidiários na escola: um estudo de caso em Marília – SP. Revista de Iniciação Científica da FFC, v. 5, n. 1/2/3, p. 50-65, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NUNES, Rizzato. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva 2002.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão. Documento n. [8] 43/173 de 9 de dezembro de 1988.

AQUILES CÔRTEZ GUIMARÃES E A FENOMENOLOGIA JURÍDICA NO BRASIL¹

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha²

1 INTRODUÇÃO

Aquiles Côrtes Guimarães nasceu na Cidade de Aimorés, Minas Gerais (MG), em 21 de julho de 1937 e faleceu no Rio de Janeiro em 28 de junho de 2016. Concluiu o Bacharelado em Filosofia na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) em 1967, ano em que também se formou em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Orientado por José Silveira Costa, concluiu em 1977 o Mestrado em Filosofia na UFRJ, com a defesa da dissertação “Existência e verdade no pensamento de Farias Brito”. Em 1982, sob a orientação de Antônio Paim, obteve o título de Doutor em Filosofia pela Universidade Gama Filho (UGF), defendendo a tese intitulada “O tema da consciência na filosofia brasileira”.

Após um cenário de ativa atuação no meio acadêmico carioca, notadamente nas universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), aposentou-se nessa última, muito embora, até a sua morte seguiu ativamente prestando relevantes serviços à instituição, ministrando aulas e orientando pesquisadores nos cursos de mestrado e doutorado em Filosofia.

¹ Artigo originalmente publicado na obra *Filosofia do Direito*, resultante de um convênio entre a Faculdade de Direito de Vitória e a Universidade de Bologna, destinada a homenagear cinco filósofos do direito italianos e cinco brasileiros (FARALLI, Carla et al. *Filosofia do direito: pensadores italianos e brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2017).

² Doutor em Direito (PUC-MG), Doutor em Filosofia (UFRJ), Professor dos cursos de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV-ES), Juiz Federal.

Sua inclinação às áreas filosófica e jurídica é fruto de uma vocação pessoal, o que justificou a sua permanência em atividade, mesmo após jubulado.

Sua produção intelectual é extensa, mas dela podemos destacar a constante preocupação em registrar o pensamento dos filósofos brasileiros, de um lado; e, de outro, a busca por uma fundamentação do Direito em bases fenomenológicas. Dentre as obras voltadas ao primeiro tema, destaco: “Farias Brito e as origens do existencialismo (1979)”, “Momentos do pensamento luso-brasileiro (1981)”, “O tema da consciência na filosofia brasileira (1982)” e “Pequenos estudos de filosofia brasileira (1998)”. Quanto ao tema da fenomenologia jurídica, ao lado das dezenas de artigos publicados em revistas especializadas, temos os seguintes livros: “Cinco lições de filosofia do direito (2004)”, “Fenomenologia e direito (2005)”, “Fenomenologia e direitos humanos (2006)” e “Fenomenologia jurídica (2013)”.

2 O MOVIMENTO FENOMENOLÓGICO

Como disse, os caminhos trilhados pelo Prof. Aquiles deixam duas marcas patentes: a primeira reflete uma preocupação com a negligência da academia em estudar e valorizar a filosofia brasileira; e a segunda marca a consciência da potencialidade do método fenomenológico no Direito e da carência da sua visada por essa via.

O presente trabalho visa a explorar essa segunda vertente, o que impõe uma abordagem introdutória dos problemas evidenciados pela fenomenologia e o modo como ela pretende resolvê-los. A partir de então, poder-se-á mais bem perceber como Aquiles se apropriou desse método em uma visada original e promissora no campo jurídico.

2.1 A fenomenologia de Edmund Husserl

Conquanto o vocábulo não possa ser originariamente atribuído a Husserl, foi com ele que a fenomenologia se instalou como uma determinada corrente filosófica, que arrastou, em seus matizes próprios, filósofos por todo o mundo, dentre outros, Heidegger, Merlau-Ponty e Sartre.

Husserl cedo combateu o modo ingênuo com que nos situamos no mundo, e ao qual ele denominou de atitude natural. Através dela estamos

voltados às coisas, sem preocupação com a crítica do conhecimento. De fato, percebemos, recordamos, emitimos juízos sobre coisas. Também sobre elas fazemos enunciados predicativos, sobre suas relações, sobre suas mudanças (leis do devir) etc. Tudo isso é feito com base naquilo que a própria experiência nos oferece, inclusive inferindo o não experimentado do que foi diretamente experimentado, em um processo indutivo de contínuas generalizações, sem prejuízo de também do geral deduzirmos analiticamente outras particularidades.

Os conhecimentos também são colocados em relação lógica entre si, concordando ou não um com os outros, de tal forma que podem, por esse crivo lógico, ser sustentados ou abolidos. Detectamos paralogismos e restauramos a concordância formal, desfazendo assim eventuais equívocos. Ademais, as inconsistências também podem ser decorrentes da própria experiência, que assim sopesada nos leva a progredirmos com o conhecimento material, de tal forma que, cada vez mais, vamos nos apropriando de uma realidade que já sempre nos é dada.

Assim operam as ciências, quaisquer que sejam, pois todas são ciências naturais, uma vez que sustentadas nessa atitude natural, que assume o mundo, em sua inteireza, como uma efetividade dada, sem questionamento. Seja ela uma ciência física ou psíquica (os fatos psíquicos também são assumidos como fatos naturais, analisados com o mesmo aparato científico das demais ciências de efetividades), seja ela uma ciência da natureza ou uma ciência do espírito, e mesmo as ciências ideais, como as matemáticas, pois ainda que lidando com objetos ideais, eles são assumidos como realidades, realidades ideais que nos são dadas desde o princípio, válidas em si mesmas e inquestionáveis desde o início.

Esse modo de lidar com o mundo contrasta com a atitude filosófica, pois aquilo que é assumido como incontestado pelo pensamento natural se torna problemático para o pensamento filosófico, essencialmente algo que passa inteiramente despercebido àquele: a própria possibilidade do conhecimento.

Poder-se-ia indagar se mesmo no âmbito da atitude natural o conhecimento não receberia esse índice de problematicidade, uma vez que também aí ele se torna objeto de investigação. Contudo, tal não chega a ocorrer, pois o conhecimento é assumido como um fato da natureza, é

uma vivência de seres orgânicos que conhecem, é um fato psicológico, e como fato, pode ser investigado em suas relações, descrito etc. Também é ele conhecimento de objetos, e o é em função de um sentido que lhe é imanente, com o qual se refere ao objeto. Essas relações são também alvo de investigação pelo pensamento natural.

Teríamos uma vivência do conhecimento, o objeto e a significação aí envolvida, estudadas respectivamente pela psicologia do conhecimento, pela ontologia e pela lógica pura, cada qual em sua área própria. O que aí não se põe como problema é a própria possibilidade do conhecimento. Nas palavras de Husserl (1982, p. 29):

O conhecimento, em todas as suas formas, é uma vivência psíquica, é conhecimento do sujeito que conhece. Frente a ele estão os objetos conhecidos. Mas como pode o conhecimento estar certo de sua adequação aos objetos conhecidos? Como pode transcender-se e alcançar fidedignamente os objetos? Torna-se um enigma o dar-se dos objetos do conhecimento no conhecimento, algo que era consagrado para o pensamento natural.

Tomemos a percepção como uma vivência e a analisemos: a coisa pensada está dada imediatamente, mas na verdade tenho apenas uma vivência dela. Assim, tudo é fenômeno e se dissolve em seus nexos fenomênicos, de forma que autenticamente só posso dizer que eu existo.

A própria lógica é posta em questão, pois diante do advento das teorias evolucionistas e do biologismo, podemos cogitar da possibilidade de transformação do nosso aparato cognitivo, e assim, aquelas leis do pensamento, que até então tínhamos por inquestionáveis, podem amanhã já não o ser. Portanto, o conhecimento é tão somente conhecimento humano, ligado às formas intelectuais humanas, incapaz de alcançar as coisas em si.

O perigo dessa constatação é a recaída no ceticismo, o que impõe a dupla tarefa da fenomenologia: primeiro, evidenciar ou expor o contrassenso das posições críticas acerca da essência do conhecimento; e, em seguida, resolver os problemas concernentes à correlação entre conhecimento, sentido do conhecimento e objeto do conhecimento. Exatamente por isso é que Husserl estabelece a demanda por uma ciência de rigor, asseverando que "as ciências naturais do ser não são ciências definitivas do ser. É necessária uma ciência do ser em sentido absoluto" (1982, p. 32).

Rompendo com qualquer traço metafísico que poderia caracterizar inicialmente essa pretensão, nesse momento é apresentada a fenomenologia como uma ciência, um nexu de disciplinas científicas, e também como um método, uma atitude intelectual especificamente filosófica, o método especificamente filosófico (HUSSERL, 1982, p.33).

Na esfera natural, uma ciência se ergue sobre outra (veja a relação entre a matemática e a física), podendo servir como modelo metódico, por exemplo. Entretanto, no campo filosófico, necessitamos de um ponto de partida inteiramente novo, que distinga a filosofia de toda ciência natural. A fenomenologia cumpriria esse papel, não apenas como meio através do qual todo esse quadro problemático seria denunciado, mas também como um método capaz de, opondo-se a todo naturalismo, inaugurar esse novo ponto de partida, apto a fundar as ciências em geral e, dentre elas, também o Direito.

2.2 A fenomenologia jurídica de Aquiles Côrtes Guimarães

Partindo dessa crítica ao modo ingênuo com que lidamos com o mundo (a atitude natural a que Husserl se referia), Aquiles Côrtes Guimarães procura evidenciar a carência do mundo por fundamentos, especialmente do mundo do Direito. O grande contributo de Aquiles para o pensamento jurídico reside nessa tentativa de fundá-lo em bases sólidas, fazendo com que daí resulte um *télos* que sirva de orientação à sua manifestação como produto cultural, de forma que a sua produção e realização se deem em bases consentâneas com a sua vocação.

Pois bem, a carência no pensamento por fundamentos é um problema generalizado nas sociedades hodiernas, problema esse que obviamente acaba por refletir-se também no âmbito do Direito. De fato, Husserl atribui a Galileu a pesada responsabilidade por ter se destacado no processo de idealização do mundo da vida, ao supostamente afirmar a linguagem matemática com que Deus teria escrito o mundo. Em verdade, os objetos ideais têm a sua origem histórica em processos de observação do próprio mundo, que assim lhes serve de fundamento, jamais o contrário.

Em sua aventura terrena, o homem sempre viu o enigma da vida como algo desconfortável, o que exige dele uma tomada de posição capaz

de enfrentar essa insegurança que daí naturalmente decorre, mediante o acesso a leis do devir que lhes dote de instrumentos de predição e, conseqüentemente, de controle sobre a ordem natural, colocando o conhecimento como um meio de sua dominação. Envolto nesse processo, a contingência que lhe marca deveria ser substituída por modelos ideais e conceitos que fossem capazes de aprisionar o real nas amarras que assim vão sendo cientificamente estabelecidas.

Esse processo de “desenvolvimento” acaba por desencaminhar-se através de uma insaciável sede de dominação e controle, que leva à exploração da natureza e desumaniza o homem, “desmoralizando a humanidade contemporânea como consequência da indigência espiritual inoculada pelos artifícios da razão fabricadora” (GUIMARÃES, 2007, p. 10). E todo esse desastroso processo decorre precisamente da falta de um projeto que encaminhe essa atividade por um *télos* adequado. E essa ausência de um fim orientador transparece porque não há um fundamento sobre o qual esse projeto possa erguer-se.

Com isso tem-se como essencial estabelecer esse solo, como a tarefa primordial na construção do edifício científico, sem o que, não só ele, mas a própria humanidade caminhará em meio à crise.

Mas será que o homem não se ocupou dessa questão? Ao contrário, a história da filosofia tem revelado a preocupação com o tema, dando mostra que a pergunta sobre a possibilidade de fundamento do ser, do conhecer e do agir sempre esteve na ordem do dia. Nesse sentido, Platão apontava para a ideia, Kant para a razão, Descartes para o *cogito* etc.

Em um inventário sucinto, Aquiles inicialmente aponta algumas possibilidades. A começar pela noção de princípio, logo o descarta, porque princípio seria um mero padrão de racionalidade que sustenta nossa crença na existência de um possível fundamento, mas ele mesmo está inserido na temporalidade e na provisoriedade que daí advém. A própria razão não pode almejar esse *status* primordial, pois como faculdade do raciocínio, permite a ordenação e sistematização de nossas ideias e conceitos, pelos quais tentamos compreender nossas vivências, afirmando-se assim como instrumento do conhecimento; jamais como fundamento de qualquer coisa.

Também a noção de causa, tão prestigiada na antiguidade, sobretudo na metafísica aristotélica, presta-se ela a servir de referência às nossas inferências (daí falarmos em causa de decidir), mas também não como fundamento.

Finalmente, falamos ainda em fundamentos lógicos, sem nos darmos conta de que eles cuidam apenas das leis ideais do pensamento, não podendo abarcar a totalidade do mundo, sobretudo as leis reais do mundo vivido.

Esse inventário crítico não deve ser compreendido como um desmerecimento do papel desses elementos no plano do conhecimento. No âmbito jurídico, por exemplo, desempenham eles uma importante função na demonstração dos nossos juízos e na argumentação. Todavia, se ordinariamente se apresentam como fundamentação de nossas decisões, sejam eles “fundamentos” lógicos, racionais ou de princípio, ou ainda causa de pedir, tudo isso está alinhado à demonstrabilidade do nosso raciocínio, jamais atingem a ideia radical de fundamento, precisamente porque o confundimos com a noção de argumentação justificadora. A distinção de Aquiles é precisa (GUIMARÃES, 2013, p. 49):

A argumentação justificante não vai além do emprego das diversas categorias do pensamento elaborado a partir da intencionalidade iluminadora da consciência que descobre os sentidos operantes da própria razão na função ordenadora do conhecimento e na sustentação das decisões. Ou seja, a consciência é essa abertura ao mundo em busca dos sentidos da própria racionalidade à qual o homem procura submetê-lo para o seu domínio. Aliás, a própria ideia de fundamento tem origem na consciência, pois somente esta se constitui na possibilidade originária de mostração do homem e do mundo como fragmentação em demanda do absoluto. Portanto, qualquer concepção de fundamento que não se reporte à consciência humana padecerá da fragmentariedade, uma vez que somente esta dispõe da vocação originária para descoberta da unidade de sentidos das coisas com que lidamos no mundo, inclusive o direito.

Especificamente no campo do Direito, o problema está na carência da percepção do que efetivamente o fundamenta. De fato, parece que tudo está centrado na ideia de positividade, mesmo para aquelas tendências neoconstitucionalistas que se afastam dos ideais juspositivistas.

A existência humana é marcada pela insuperável presença da ideia de conflito, uma constatação histórica insuperável, que exige mecanismos

de controle, de que o Direito é um exemplar notável. A lei, ao afirmar-se como obrigatória, haure essa força, seu vigor e efetividade, da noção de positividade, sem a qual a barbárie imperaria.

Ademais, a efetividade está diretamente correlacionada ao contexto da segurança jurídica, pois ainda que tudo se dissolva na temporalidade, “é necessária a crença num conjunto de princípios que garantam a vigência das relações jurídicas e a permanência dos seus efeitos” (GUIMARÃES, 2013, p. 50). Como expressão dessa necessidade, temos os institutos jurídicos da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, sem os quais essa crença ver-se-ia abalada. De toda forma, a pretensa segurança que daí deriva, e em última análise, da própria ideia de efetividade, caem por terra quando indagamos sobre os seus fundamentos.

É bem verdade que um índice de formalização pode ser utilizado na tentativa de superar esse problema, instituindo uma cadeia de validação dos textos normativos, de tal forma que acabaríamos nos reportando à Constituição como o fundamento de toda a ordem jurídica. Essa visada deixa de fora o próprio fundamento da Constituição, afastando-nos da percepção de que ela mesma é um fundamento de segunda ordem, fruto da projeção da intencionalidade da consciência, único modo de acesso ao que as coisas têm de essencial, e pela qual podemos doar sentidos ao mundo. Novamente se tornam imperiosas as palavras de Aquiles (GUIMARÃES, 2013, p. 51):

Portanto, toda a estrutura jurídica imaginada e construída milenarmente pelo homem se assenta na crença num fundamento de segunda ordem como produto da criação cultural própria do espírito humano e, portanto, da intencionalidade da consciência como fundamento de primeira ordem. Dissemos que fundamento é enraizamento a partir do qual entendemos a proveniência dos sentidos das coisas. Sendo o Direito objeto cultural, é intuitivo que a sua proveniência se esclarece nos horizontes da criação da cultura fundada na intencionalidade valorativa e doadora de sentidos ao mundo. Princípios e regras de Direito são adaptação de valores em conflito cristalizada no instrumento constitucional, como resultado da visada intencional do legislador, cuja consciência confere fundamento originário ao Direito.

E como melhor explicitar esse fundamento de primeira ordem, bem como o papel da fenomenologia para acessá-lo?

Como disse mais acima, Edmund Husserl procurou fazer da Filosofia uma ciência de rigor, que desse conta de alcançar os fundamentos que serviriam de guias para o seu desenvolvimento. Nessa busca, cedo manifestou repúdio ao psicologismo, que, confundindo as leis ideais do pensamento com as leis reais que regem a natureza, acabaram por considerar que todo o fundamento repousaria na estrutura psicológica do homem, de tal forma que no fato psíquico estaria a garantia de todo o conhecimento. Entretanto, nenhum fato pode servir de fundamento de qualquer coisa, eis que se situam no plano da contingência.

Por isso tal atitude foi tão severamente combatida por Husserl, pois ao fazer do fato e, em última análise, do objeto, o fundamento do conhecimento, dada a sua contingência, acabam por levar-nos ao relativismo e ao ceticismo daí decorrente. Consequentemente, a fenomenologia não estaria interessada em objetos ou fatos, mas nos sentidos que deles decorrem, percebidos e descritos nas essências dos objetos visados por minha consciência. Daí a clássica definição de fenomenologia como atitude voltada à descrição de vivências em sua essência. Ao nos engajarmos nessa atitude, estaríamos indo além das ciências, posto que assim estaríamos conferindo a elas seus próprios fundamentos.

Com base nessa premissa, o primeiro passo do caminho fenomenológico seria o de promover o que Husserl denominou de redução eidética, vale dizer, a redução dos fatos às suas essências. Isso é feito inicialmente colocando-os entre parêntesis quanto à sua existência efetiva, quanto à sua vigência, a fim de que se possa então percebê-los e descrevê-los em sua estrutura essencial de sentidos.

O pensamento objetificante das denominadas ciências naturais desconsidera esse importante passo e trata os fatos como efetividades, que se tornam objetos de nossas mensurações, daí resultando um processo de idealização do mundo da vida, que compromete o descortinar dos seus sentidos originários possíveis. Tudo já nos aparece constrangido por uma visada técnica do mundo, em que todo nosso fazer está vocacionado a um progresso sem sentido.

Poderíamos pensar nessas essências como idealidades *a priori* concebidas e, portanto, independentes da própria experiência. Entretanto, aquela atitude de suspensão (*epoché*) jamais pode ser assumida como um

abandono do mundo. Como ressalta Aquiles, “a essência não é um conceito universal gerado na subjetividade, mas é algo percebido a partir dos próprios objetos” (GUIMARÃES, 2013, p. 53-54). O que importa é que eles sejam tomados em uma visada direta, sem a intermediação conceitual, o que marca o lema da fenomenologia, que nos incita a um “retorno às coisas mesmas, em carne e osso”. A essa evidenciação do que os objetos têm de essencial, segue-se uma atitude de reflexão acerca das possíveis conexões de essências que revelaram os sentidos dos objetos intuídos, os quais, repito, não seriam construções de uma subjetividade isolada, mas determinados pela própria coisa visada, naquilo que ela tem de essencial.

Por tal caminho percebemos que, ao voltarmos nossa consciência aos objetos, em uma visada direta, é possível daí intuir o que ele tem de essencial, revelando-o em sua verdade mais radical. Por isso mesmo, é o próprio mundo da vida que servirá de fundamento a todo juízo formulado sobre ele. “A natureza antecede as ciências naturais, a sociedade antecede o Direito e assim por diante. O mundo primitivo é a referência originária de toda predicação possível” (GUIMARÃES, 2013, p. 55).

Retomemos esse caminho para melhor compreendermos o que nosso filósofo quer esclarecer. Em primeiro lugar, destacamos a imperiosa e urgente necessidade de buscarmos fundamentos para as ciências em geral, e para a Ciência do Direito, em particular. Esse fundamento não pode ser apenas um mecanismo de justificação de nossos juízos, não pode ser confundido com uma fundamentação justificadora; deve estar vinculado ao que denominamos fundamentos de primeira ordem. Ora, o que serve de fundamento aos fatos e aos objetos de nossa reflexão são eles mesmos, enquanto visados em uma intuição direta que nos proporcione o contato com o que eles têm de essencial.

Alcançar as suas essências pressupõe a adoção de uma atitude radical que coloque a inteireza do mundo em suspensão (*epoché*), no que diz respeito à certeza quanto à sua vigência, em um processo de redução eidética. Em um segundo momento, denominado por Husserl de redução transcendental, as essências desse modo evidenciadas são refletidas em suas conexões, que assim revelarão o seu sentido. Ora, isso nos dá a garantia de que o fundamento, o que dá todo o sentido às coisas, não é nossa razão ou a noção de causa, mas o próprio mundo da vida. Todavia, o único acesso que

temos a ele é por meio da nossa consciência, em sua atividade intencional. Daí Aquiles falar que a consciência humana é o fundamento do fundamento. Confira (GUIMARÃES, 2009, p. 76):

O papel da consciência humana é descrever as suas essências (redução eidética, redução do mundo às suas essências) e refletir sobre as conexões de sentidos do mundo que elas representam (redução transcendental). A consciência é intencionalidade e, ao mesmo tempo, ser absoluto, enquanto autorreflexão. Assim, se o fundamento de todas as coisas é o mundo da vida, somente a consciência humana tem acesso a ele intuitiva e originariamente. Mais ainda, somente a intencionalidade constituinte (evidenciadora) poderá fundar os sentidos dos objetos, tornando possível a compreensão da objetividade em geral. A consciência humana é o fundamento do fundamento, porque só ela descobre, evidencia e garante todo fundamento.

Esse é o ponto de chegada que permitirá alcançarmos uma conclusão fundamental na fenomenologia jurídica de Aquiles Cortes Guimarães: a centralidade do homem como referência fundamental a toda produção espiritual e a toda manifestação do mundo da cultura, aí incluído o próprio Direito.

Mas antes de chegarmos a esse ponto, é importante a conversão dos resultados dessa reflexão para o campo jurídico, a fim de que daí possamos visualizar o quão promissora é a fenomenologia para o Direito.

O mundo da cultura é o da produção espiritual do homem, daí a categorização do Direito como um objeto cultural. “Ele representa uma intencionalidade valorativa objetivada na Ordem Jurídica” (GUIMARÃES, 2013, p. 55). Como objeto, pode mostrar-se à minha consciência e ser descrito em sua estrutura de essências ou sentidos que originariamente o caracterizam em sua plena e franca materialização, na concretude da sua presença.

Ao buscar seus fundamentos, não podemos nos restringir à trama normativa que lhe dá suporte ou vigor, pois, como visto, trata-se de um fundamento de segunda ordem. Assim, por exemplo, o direito de propriedade, em suas múltiplas manifestações, não encontra o seu fundamento na Constituição, como ordinariamente costumamos afirmar, não é um direito fundamental simplesmente porque a Constituição o contempla e o assegura, pois esse é apenas o seu fundamento positivado (de segunda

ordem). Na verdade, ele deve ser buscado na ordem essencial, nas relações de essências que lhe dão sentido. Confira (GUIMARÃES, 2013, p. 57):

*Cada objeto integrante da Ordem Jurídica, enquanto um sistema de normas, só pode ser conhecido verdadeira e originariamente a partir da percepção das suas essências que revelam a sua invariância, ou seja, aquilo que ele é enquanto objeto do Direito e não somente como a manifestação da positividade dos fatos e atos jurídicos. **A essência é o parâmetro do objeto.** (grifamos)*

É precisamente a projeção das essências para fora dos efeitos da temporalidade que as torna hábeis a servir de fundamento; jamais um fato, ou mesmo uma norma positivada qualquer, pois se submetem à contingência. Por isso mesmo é que Aquiles afirma que “a Constituição pode desaparecer enquanto documento jurídico, mas a sua ideia, a essência, os sentidos de Constituição jamais desapareceriam enquanto sobreviventes à aspiração humana de ordem e de justiça” (GUIMARÃES, 2013, p. 57).

Portanto, o Direito não é uma mera estrutura normativa, não pode ser resumido na noção de ordenamento jurídico; a sua constituição está vinculada à tarefa de sua evidenciação no plano da consciência, no seu próprio fundamento (GUIMARÃES, 2005, p. 54).

Assim, dadas as possibilidades descritivas que advêm da fenomenologia, a sua vocação para o Direito não estaria centrada na evidenciação dos fatos e das regras positivadas, a fim de que daí se pudesse, ao modo subsuntivo, justificar nossas pretensões perante o Judiciário, por exemplo. Esse modo de operação está ainda circunscrito ao plano daquela fundamentação de segunda ordem, necessária, sem dúvida, à vigência do ordenamento e ao equilíbrio e à paz social, garantidos pela positividade jurídica. Todavia, à fenomenologia cabe um papel mais radical, consistente na descrição da essência do jurídico e dos sentidos que daí decorrem, a fim de que não nos projete em um relativismo nefasto nos planos gnosiológico e ético.

3 AQUILES E O DIREITO NATURAL

É secular a distinção entre direito positivo e direito natural, o primeiro vinculado a um conjunto de regras postas pelo homem; e o segundo como um conjunto de leis universais marcadas pela eternidade e invariância, as

quais consagrariam uma ordem de valores que serviria de base às primeiras. Entretanto, Aquiles Cortes Guimarães atribui essa visada do direito natural a um equívoco assimilado historicamente.

Portanto, ao pugnar um retorno ao direito natural, não vê aí qualquer indício de busca por uma ordem normativa de referência para o direito positivo, mas o reconhecimento de um universo infinito de essências ou sentidos que serviriam de diretrizes para ele, na medida em que neles encontraríamos o seu próprio fundamento.

Como se explica o esquecimento dessa proveniência natural do Direito e como seria ela reconquistada?

Na linha da crítica inicialmente exposta, a crise experimentada pela humanidade é decorrente de uma crise das próprias ciências, que, no seu trajeto, esqueceram-se da busca por fundamentos, marcando assim um processo de idealização do mundo da vida, o qual o artificializa e encobre qualquer reflexão sobre a essência e o sentido de tudo isso que, com base naquelas, é produzido. O homem é assim lançado ao esquecimento da questão do fundamento, que é buscado nos substratos mais superficiais, que acima forma denominados de “fundamentos de segunda ordem”. É o que justifica, no caso do Direito, o apego aos fundamentos legais, jurisprudenciais, como suporte para os pronunciamentos jurídicos e à argumentação nesse campo.

Trata-se de uma questão puramente técnica, ligada à noção de operatividade, onde a ideia de fundamento é substituída pela de função. Esse desvio marca sobretudo a própria formação dos juristas, que são treinados para operar um conjunto disponível de regras, como técnicos que se habilitam a fazer funcionar uma máquina. Essa visão mecanicista do universo, inclusive do universo do Direito, está atrelada à noção de positividade, vinculada à necessidade humana de subtrair-se à incerteza do mundo, que assim é substituída pela ingenuidade da certeza imediata, decorrente da positividade das próprias coisas. Como exemplo, Aquiles assevera que “se tivéssemos a certeza de que toda promessa seria cumprida, todas as positivities expressas nos contratos seriam desnecessárias” (GUIMARÃES, 2009-2010, p. 16). Nesse sentido, a insegurança no devir de nossos comportamentos seria compensada pela regra posta, que garantiria determinada linha de atuação, ainda que forçada.

A ideia de positividade é reforçada pelo próprio êxito das ciências da natureza, marcado no generalizado domínio tecnológico nos mais diversos campos de nossas vidas, pois como afirma Aquiles, “estamos caminhando aceleradamente para o auge de um mundo inteiramente idealizado pelas tecnociências a partir das suas potencialidades energéticas elevadas às últimas consequências” (GUIMARÃES, 2009-2010, p. 17).

No âmbito desse processo, confrontam-se duas positivities distintas: o mundo idealizado como objeto; e a própria realidade da natureza, sobre a qual aquela idealização se estabelece. Sobre esse processo já dispensei algumas críticas mais acima, sendo importante realçar que todo ele está configurado na supressão dos intervalos de reflexão, que acaba por expulsar do convívio humano a arte, a religião e até mesmo a filosofia, como instância originária do espírito (GUIMARÃES, 2013, p. 233). Tudo isso acaba por encobrir os verdadeiros sentidos do mundo da vida, fazendo dos homens os “herdeiros de uma tradição fabricadora do mundo, cujas consequências estamos vivenciando com a destruição da natureza e a virtualização da realidade” (GUIMARÃES, 2010, p. 17).

Essa tendência objetificante, marca da ideia de positividade, também penetra nas ciências do espírito, delimitando um espaço de apropriação sem precedentes, onde “científico” e “positivo” são temas intercambiáveis, de tal forma que aquilo que não é ciência é especulativo e ilusório. Entretanto, a ciência mesma não pensa o ser, mas o quantifica; não se volta ao seu fundamento, mas à sua função operativo-dominadora, marca da técnica moderna. Assim, ao prosperar esse campo infinito de aplicação das tecnociências, vamos perdendo a referência aos efetivos sentidos do mundo, desarticulando a subjetividade humana, em suma, verdadeiramente nos desumanizando. A crítica de Aquiles a esse estado de coisas é implacável (GUIMARÃES, 2013, p. 234):

As tecnociências abrigam a teleologia em si mesmas, o progresso pelo progresso. E o resultado é a multiplicação infinita dos objetos (artefatos), a maioria dos quais se presta apenas para acelerar o processo de desarticulação da subjetividade humana, deixando longe o ideal iluminista de emancipação do homem. Essa aliança histórica do homem com o positum, com tudo aquilo que é dominável, calculável e manipulável, fez com que ele perdesse seus laços com as referências de sentidos transcendentais e se visse escravizado pelo objetivismo pragmatista cada vez mais vulgarizado pela técnica. Ou seja, a atividade do espírito, do pensamento e da criação artística

perdem o seu lugar privilegiado em nome da dominação positiva e concreta do real, pouco importando os sentidos e a destinação das sociedades e da história. Nessa corrida, a humanidade caminha para reduzir-se a um imenso rebanho dominado pela técnica e domesticado pela mídia. Vilipendiada e destruída a vida do espírito, só restará ao homem o seu último refúgio que é a própria consciência, embora poucos se dêem conta desta evidência radical, talvez em razão do excesso de intoxicação causada pela idéia de positividade.

A vigência da ideia de positividade no Direito é o resultado da perda da sua origem fundante, da reflexão por seus fundamentos, que acaba sendo substituída, cada vez mais, pela funcionalidade técnica dos seus sistemas.

E o que tem o direito natural a ver com tudo isso? No início deste tópico já adiantei que ele não seria aqui assumido como qualquer ordem normativa transcendente, eterna e imutável, mas como um universo infinito de essências ou sentidos que serviriam de diretrizes para o próprio Direito, na medida em que neles encontraríamos o seu próprio fundamento. Assim, fica fácil perceber a sua relevância jurídica, na medida em que, por ele, encontraríamos um caminho de retomada por essa busca de um enraizamento originário para o próprio fenômeno jurídico.

A indispensabilidade do Direito reside em uma marca ontológica essencial do humano, a saber, o fato de ele “ser-com” os outros. O marco da convivência não é um caráter acidental que possa ser suprimido. Em qualquer manifestação de nossas vidas somos com os outros. A todo o momento valho-me de bens que foram concebidos por outros, os quais foram feitos pelos outros para mim. Escondo-me dos outros, leciono para outros, aprendo com os outros etc. Trata-se de uma nota essencial da qual não podemos nos desvincular. No curso dessas relações, as mais diversas, o Direito se estabelece como um elemento de ordenação da convivência humana, a ponto de ser assumido como um produto cultural indissociável da própria sociedade (*ubi societas ibi jus*). Assim, O Direito tem essa função nuclear de garantir a obrigatoriedade da coexistência em liberdade, o que faz dele um complexo informado por valores, ou seja, o Direito pressupõe não apenas a positividade normativa, mas o seu reconhecimento axiológico fundante.

Essa sua marca estruturante está ligada à ideia de natureza. O direito natural se presta a lançar os alicerces de qualquer sistema jurídico, não

porque ele mesmo seja um complexo normativo, carecedor, por sua vez, de novos fundamentos, mas porque naturais são a vida, a liberdade e o espírito.

Portanto, ele não se confunde com uma ordem essencial positiva, pois se assim fosse, estaríamos perpetuando a própria noção de positividade que pretendemos repensar. Ao fazer referência à vida, à liberdade e ao espírito como elementos naturais que fundam qualquer sistema jurídico, Aquiles afirma que tais “entes reais e ideais não emergem da natureza revestidos de normas imperativas que obrigam necessariamente o direito positivo, seja no plano moral, seja no plano político” (GUIMARÃES, 2009-2010, p. 23).

Começo pela vida. A sua proteção pelos sistemas jurídicos é autoevidente, pois se o Direito visa a garantir a coexistência, ela mesma restaria inviabilizada se nenhuma tutela fosse dispensada à própria vida, que é a manifestação primordial da própria existência do homem e condição de possibilidade para qualquer outro objeto de tutela jurídica, razão pela qual a sua proteção é generalizada nos sistemas jurídicos mais remotos, como uma exigência natural.

Por sua vez, a liberdade decorre da própria vida, como sua exigência radical, reclamando proteção jurídica tanto nos aspectos negativo, no sentido de liberdades para deixar o indivíduo desenvolver o seu projeto de vida, seja no seu aspecto positivo, no sentido de estabelecer ações afirmativas para a garantia dessa sua atuação. A sua derivação da ordem natural é decorrente do seu próprio domínio transcendental, posto que funciona como condição de possibilidade para múltiplas manifestações daquele projeto.

Finalmente, o espírito ou consciência é a dimensão privilegiada do humano, pois, no sentido fenomenológico, é nela que encontramos a ambiência necessária à evidenciação de tudo aquilo que existe, em sua essência. É a instância doadora de sentido a todo objeto que a ela é dirigida, em sua manifestação intencional, atuação da qual o próprio Direito não poderia escapar. Portanto, é nele que encontraremos o fundamento de toda manifestação do jurídico, nas suas infinitas significações. Apenas para ter-se uma dimensão da sua relevância, somente a consciência “detém a faculdade de evidenciar a dignidade humana que sintetiza todo o direito natural, como de resto tudo aquilo que vagamente conhecemos como direitos humanos” (GUIMARÃES, 2013, p. 239).

Assim, o papel da fenomenologia jurídica seria a de, com base nessas categorias fundamentais da natureza, lançar-se à tarefa infinita de evidenciação das múltiplas conexões de essências que daí derivam, permitindo assim descortinar as origens do Direito, o seu fundamento, aí inclusive o próprio sentido de justiça que deve orientar a disciplina da convivência humana.

Ora, isso que aparece como essencial ao Direito não pode submeter-se à contingência, pois exatamente o que marca o caráter das essências é a sua invariância no tempo, independentemente da marca histórica dos fatos. Por isso é que a visada natural, em sua ingenuidade, não é capaz de dar conta de encontrar a verdadeira fundação das instituições jurídicas, precisamente porque seu caráter contingente jamais se ajusta à necessidade de um conhecimento apodítico, o qual somente pode ser buscado no plano eidético.

Nesses termos, fica destacada a relevância e a atualidade do Direito Natural para a reflexão sobre o fundamento de qualquer ordem jurídico-positiva e do Direito em geral. Confira a síntese adiante transcrita (GUIMARÃES, 2013, p. 241):

*Dentro da perspectiva aqui esboçada, podemos concluir que a atualidade e permanência do direito natural decorrem da permanência e atualidade dos problemas que são conaturais ao homem desde o seu aparecimento na história. Se considerarmos o direito natural como “lei natural”, este nunca existiu. Mas se o considerarmos como “exigência”, esta sempre existiu. Qual a diferença? É que o conceito de lei natural não atinge o homem na esfera do dever-ser de caráter intersubjetivo. O dever-ser é uma imposição cultural como garantia única da obrigatoriedade da coexistência. O denominado direito natural é uma exigência do indivíduo que nasce da sua estrutura ontológica e não da naturalidade das leis. O indivíduo só pode ser compreendido a partir dos entes reais e ideais que integram originariamente a sua estrutura ontológica, definindo o seu ser. Estes entes reais e ideais são a vida que sustenta o corpo, a liberdade que faz de cada um o autor e executor do seu projeto existencial e o espírito ou consciência, responsável pela evidenciação da dignidade como exigência primeira que compreende todas as demais. O desaparecimento da preocupação com os sentidos dessas dimensões nucleares do indivíduo humano acarretará, ainda que lentamente, o desaparecimento da *ratio essendi* da ordem normativa, pois o que dela sempre esperamos como preservação da vida do espírito no processo cultural, tenderá a esvaecer na espantosa superficialidade com que são tratadas as questões de fundamentos.*

4 CONCLUSÃO

Como inicialmente registrei, Aquiles Cortes Guimarães dedicou as suas pesquisas ao pensamento filosófico brasileiro e à fenomenologia, essa última, notadamente voltada à questão do Direito, onde desenvolveu uma estrutura singular de aplicação daquele método, sempre preocupado com a busca por fundamentos para o fenômeno jurídico, de forma a livrar-nos do estado de letargia reflexiva que marca o agir contemporâneo.

A sua obra é extensa, sendo-me impossível percorrê-la neste pequeno espaço. Todavia, os temas aqui eleitos dão mostra da agudeza com que o homem visou os problemas do Direito, erigindo propostas claras para uma reviravolta significativa no modo como poderia ele ser encarado e realizado.

Com uma vida inteiramente dedicada a esse propósito, deixou marcas na história do pensamento jurídico-filosófico brasileiro que perpetuarão o seu nome na história, como exemplo de um pensador singular, crítico e perspicaz.

É verdade que muitos podem erigir críticas ao método fenomenológico husserliano, sobretudo quanto à sua aptidão para descortinar invariâncias que desafiam o tempo. De qualquer forma, isso em nada afasta a dignidade daquele que fielmente se lançou à tarefa do pensamento, buscando respostas para perguntas essenciais, dentre elas voltando-se à questão do fundamento para um fenômeno cultural tão relevante para a sociedade, o Direito.

REFERÊNCIAS

- HUSSERL, Edmund. *La idea de la fenomenologia: cinco lecciones*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Edmund Husserl e o fundamento fenomenológico do direito. *Fenomenologia e Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 67/79, abr./set. 2009.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Atualidade e permanência do direito natural. *Fenomenologia e Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 15/29, out. 2009/mar. 2010.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Lições de fenomenologia jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ÉTICA, DIREITO E CULTURA NA PÓS- MODERNIDADE

Vanderlei Martins

Resumo: O artigo tem como intenção pontual estabelecer relação entre ética, cultura e direito. Nesse intuito faz uma análise histórico-conceitual tendo como marco teórico o surgimento da filosofia na Grécia Clássica, entendida como berço da civilização ocidental. O trabalho parte do pressuposto de que o direito é expressão importante de uma cultura formal e socialmente dada e que se concretiza a partir de uma vontade pré-concebida pelos indivíduos em um determinado contexto histórico. Partindo dessa crença, o artigo tenta demonstrar a importância da presença da ética nessa relação entre direito e cultura, tendo como painel social e institucional a pós-modernidade. O trabalho busca explicitar que, a partir de uma concepção de mundo nascida no âmbito das idéias e do conhecimento, emerge um tipo específico de cultura que passa a conduzir a convivência dentro de uma sociedade historicamente dada.

Palavras-chave: Ética – Direito – Cultura – Sociedade – Tradição – Modernidade..

Abstract:The purpose of the article is to establish a relationship between ethics, culture and law. In this sense, it makes a historical-conceptual analysis having as theoretical frame the emergence of the philosophy in Classical Greece, understood like cradle of the western civilization. The work is based on the assumption that law is an important expression of a culture that is formal and socially given and that is realized from a pre-conceived will by individuals in a given historical context. Starting from this belief, the article tries to demonstrate the importance of the presence of ethics in this relation between law and culture, having as postmodernity social and institutional panel. The work seeks to make explicit that, from a conception of the world born within the scope of ideas and knowledge, emerges a specific type of culture that starts to lead to coexistence within a historically given society.

Keywords: Ethics - Law - Culture - Society - Tradition - Modernity

1 – ÉTICA, DIREITO E CULTURA NO MUNDO MODERNO

1.1 – Ética e Cultura

O mundo das idéias e do pensamento na contemporaneidade globalizada ainda se vê diante da discussão iniciada pelos gregos por volta do século V aC, por que não dizer do confronto, entre o discurso metafísico e o discurso científico, discussão essa que tem na reflexão filosófica e no positivismo factual suas expressões antagônicas mais nítidas. Ainda hoje, ocorre tal embate que é decorrência direta de uma característica típica e única da civilização ocidental, qual seja a de, através do intelecto humano, inserir as razões de natureza filosófica e instrumental no ambiente onde a cultura se manifestava basicamente através da religião e das crenças virtuosas. Assim, há aproximadamente quase trinta séculos, essa tem sido o grande confronto no âmbito da cultura ocidental.

A partir do nascimento da filosofia na Grécia Clássica, a razão do homem tem definido e redefinido a cultura, instrumentalizando-a de acordo com interesses temporais de diferentes naturezas, seja político, econômico, científico, social ou jurídico. Pode-se dizer que o surgimento da Filosofia como reflexo da afirmação da razão humana por volta do século V aC, marca o início de uma nova era na história da civilização ocidental e que se desdobrou, se perpetuou e que ainda está em curso na contemporaneidade pós-moderna, isto é, a velha discussão entre filosofia, ética e ciência que põe em confronto modernidade científica e tradição filosófica, ou caso se queira melhor situar, o clássico embate entre sofistas e socráticos da era clássica.

Assim sendo, a vida em sociedade passa a ser o reflexo ou local onde essas idéias vão se manifestar concretamente através das diferentes instituições sociais que compõem o mosaico das diferentes formas de convivência humana, definindo costumes e culturas obedecendo às necessidades ou exigências impostas por essas convivências institucionalizadas. O indivíduo, enquanto ser social, vai se inserir e se educar dentro desse contexto normatizado por preceitos de diferentes ordens, dos quais sofrerá influências, mas que, de maneira concomitante, também vai exercer alguma influência na ordenação desses preceitos.

Importante dizer que o indivíduo não vive de forma totalmente livre dentro dessa órbita social, condicionamentos lhe são impostos através dos costumes e da cultura. Mas na realidade pós-moderna globalizada, tais condicionamentos se transformaram em imposições das quais ele não pode fugir ou rejeitar, principalmente as imposições de natureza econômica, que

é o principal termômetro a medir sua qualidade de vida. A racionalidade econômica pontifica na pós-modernidade globalizada contemporânea ao apresentar para o indivíduo o preceito cultural de que sua capacidade de consumo define seu status social. O consumo passa a ser, então, sinônimo de qualidade de vida. A busca pelas necessidades materiais passam a se sobrepor a qualquer outra necessidade na vida regular de todo e qualquer indivíduo pós-moderno.

Assim, a nova concepção de mundo que passa a prevalecer no cenário social moderno é a expressão formal de uma cultura temporal e funcional que coloca em segundo plano os valores culturais de teor filosófico ou transcendente prevalentes antes da aurora moderna. As ideologias modernas se transformam nessa nova conjuntura em valores culturais determinantes na esfera da convivência humana, local onde o pragmatismo utilitarista/tecnicista se sobrepõe ao idealismo filosófico clássico. Aos indivíduos não resta alternativa, a não ser aderir à essa nova pedagogia que se impõe como cultura.

Dentro desse raciocínio, esse passa a ser o grande dilema imposto pela Modernidade e que se acentua na Pós-Modernidade, qual seja subverter a ética dando-lhe um sentido instrumental e utilitarista para que se adeque à nova ordem funcionalista/ materialista fundante da era moderna, ou recusar tal imposição entrando em conflito existencial com essa cultura imposta como espécie de pensamento único. No fundo, o que está em jogo é a posição da ética no novo cenário social e institucional, realidade que cria o conflito entre valores e princípios de matrizes diferentes. No caso, o conflito de valores nada mais é do que um conflito de natureza ética, onde a não aceitação dos valores positivamente estabelecidos é entendido como transgressão.

Todavia, a transgressão pode ser entendida como espécie de desvencilhamento daquilo que está formalmente estabelecido com regra social ou institucional. Tal rompimento representa, assim, o influxo que parte dos indivíduos e vai de encontro ao estabelecido gerando o que se denomina como conflito, o que nada mais é do que a afirmação de novos preceitos morais dentro de um contexto social repleto de interesses específicos, na maioria das vezes antagônicos. Na essência, esses conflitos são de natureza ética, pois o que está em jogo nesse embate institucionalizado são valores, costumes e comportamentos. Tal convivência social conduzida por interesses pontuais é de natureza histórica, uma vez que perpassa o tempo

se perpetuando através de gerações. Portanto, a ética como pressuposto fundamental do convívio humano pode ser entendido como processo sempre em construção.

Seguido esse raciocínio, a ética pode ser entendida como o grande referencial de conduta nas relações sociais e institucionais, isso porque define os limites morais da ação humana. Essa limitação, é bom que se lembre, impõe certo sacrifício à própria ação do indivíduo, espécie de 'esforço de espírito' no reconhecimento da necessidade de afirmação do Outro dentro de uma convivência historicamente dada. Dentro de uma perspectiva de viés espiritual ou existencial, a ética só se realiza plenamente no convívio humano se fôr assumida convictamente como sacrifício ou como aquele consciente esforço de espírito mencionado acima.

Toda ação do indivíduo social é a expressão de um simbolismo por ele pensado e executado, que pode ser, ou não, consonante com aqueles simbolismos estabelecidos como princípios culturais ideais pelo sistema sócio-institucional. Com isso, a ação humana é uma prática que deriva de uma determinada intenção pré-estabelecida e que vai lhe dar um sentido político e ideológico. A cultura como expressão da vontade humana tem (ou deveria ter), portanto, um sentido obrigatoriamente ético. Nesse caso, a ética não deve se submeter à interesses individuais que não sejam virtuosos, não devendo, assim, ficar submissa á vontade individualizada e/ou de intenções privilegiadoras de caráter particular. Tal princípio corresponde à Metafísica do Bem, idealizada por Platão na República.

Nesse idealismo, o indivíduo pensa segundo uma determinação própria que vai conduzir seu agir social, sendo esse agir a representação de sua autorealização pessoal. É o intelecto associado à ação que definem, por extensão, o agir social ético. Quando a ética se transforma em pressuposto indissociável da cultura e dos costumes, o agir do indivíduo social será sempre voltado para o bem, preservando dessa maneira a harmonia, a justiça e a paz social. Em outras palavras, pode-se dizer que a ética como discurso teórico deve conduzir a ação social como prática desse discurso ético. A indissociabilidade entre conhecimento e ação como garantia da convivência social virtuosa. A negação dessa ordenação no âmbito das idéias, talvez seja o problema maior que a civilização ocidental pós-moderna tem enfrentado na contemporaneidade, ou seja, a pós-modernidade coloca no agir social a razão prática instrumental

á frente do pensar ético. Ao submeter a ética á uma condição secundária, a concepção de mundo prevalente na contemporaneidade subverte valores e princípios verdadeiramente humanitários.

É apenas uma consequência, porém inelutável, dessa reestruturação em torno do fazer técnico do espaço espiritual da práxis, o vitorioso advento da tecnocracia na regência do domínio social e político e o fato de que o modelo tecnocrático se apresenta como opção teórica dominante nos projetos e utopias de uma nova sociedade que cadenciam a marcha da modernidade”(VAZ, 1988: 112).

Ainda segundo Vaz (1988), a ética é uma resposta tipicamente grega a uma situação de crise profunda da cultura e dos costumes tradicional. Para ele, a ética parte do princípio de que o indivíduo, através do intelecto, é o portador do conhecimento e por ele é conduzido na convivência social. A partir desse pressuposto, a ética é um princípio fundamentalmente educativo, uma espécie de fundamento pedagógico a orientar o indivíduo a viver socialmente seguindo uma razão fundada na virtude. O contexto histórico politicamente definido é, assim, o local onde a ética se potencializa como referência pedagógica para o indivíduo social se relacionar com os outros indivíduos que, por definição, devem ser entendidos como iguais.

Assim, a ética como grande referencial pedagógico de conduta para o homem clássico, perde esse status a partir da modernidade com o advento e afirmação da razão prática de natureza tecnicista que passa a definir e conduzir o indivíduo política e culturalmente no convívio institucionalizado. O indivíduo que pensa antes de agir é substituído categoricamente pelo indivíduo que age pensando. Se afirma, dessa forma, uma nova sociedade conduzida por uma cultura pragmática, utilitária e funcional, nascia a sociedade moderna.

1.2 – Ética e Direito

No cerne da formação política da sociedade ocidental, a lei ou a norma jurídica passam a ser a expressão da relação do indivíduo com os outros indivíduos dentro da convivência social no âmbito do espaço urbano das grandes cidades. Surgem, assim, as leis urbanas que irão normatizar as relações sociais dentro do convívio que passa a ser entendido como bem comum. A racionalidade legal a conduzir as práticas individuais como

referência racional e ética das condutas, espécie de virtude que se impõe como hábito ou costume rotineiro e legal. Dessa forma, o Direito assume a responsabilidade na definição do agir político e socialmente justo dentro das novas formas de convívio que se impõem com a nova concepção de mundo emergente e centrada na razão humana.

A partir dessa nova concepção, o desafio maior que se apresenta à sociedade é adequar o princípio da liberdade individual ao princípio dos interesses comunitários, ou seja, buscar o justo equilíbrio entre o que é de domínio privado e aquilo que passa a ser de domínio público e representado pelo bem comum no espaço urbano, uma vez que o que é domínio público envolve também o indivíduo em sua natureza privada. Nasce, dessa forma, o peso político que os direitos humanos passam a desempenhar dentro da convivência social urbana, tempos depois consagrado como Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Direito passa a ser a representação sócio-legal que neutraliza excessos imorais e abusos de poder por parte daquelas autoridades responsáveis pela condução da política, bem como de todas as nuances dela derivadas e que, por extensão, envolvem os indivíduos dentro das relações sociais e políticas no novo ambiente urbano configurado institucionalmente.

Ainda segundo Vaz (1988), a lei aparece, assim, como o oposto dos desvios sociais em suas diferentes formas, aparecendo como a razão codificada da liberdade consensual ou como reino da liberdade realizada. Apesar de toda essa preocupação no estabelecimento de um discurso moralizante da convivência social nas grandes cidades, o Direito, em última análise, passa a ser a expressão da vontade do poder constituído e a lei uma imposição de natureza política. Nessa lógica, a justiça passa a ser definida como o proceito de um direito inquestionável a quem é merecedor ou como um direito justo, tal como definido pelo Direito Romano.

Seguindo apoiado em Vaz (2008), a questão da origem e concepção do Direito, forma da sociedade política, está nesse sentido intrinsecamente ligado à concepção do homem que dá lógica desses direitos – que são, por excelência, direitos humanos – dominante na sociedade em que tais direitos são reconhecidos se não efetivamente respeitados. Há, assim, uma antropologia política fundamental que, em formas diversas, acompanha a história já relativamente longa das sociedades políticas do Ocidente, Seguindo ele, desde o Direito arcaico na Grécia até o conflito dos humanismos

e tendências anti-humanistas que refletem a crise das sociedades políticas contemporâneas, está se diante de uma sequencia de concepções de homem, cuja função histórico-ideológica, explicitada frequentemente na intenção dos pensadores dos que as formiularam , define-se justamente como tarefa teórica, ora de crítica ou justificação da própria prática política, como expressão da relação estabelecida entre o poder constituído e o Direito.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada juridicamente , ainda é uma questão mal resolvida porque os ideários políticos que se sucederam desde então, não privilegiaram devidamente na íntegra o teor normativo da Declaração. Entre o documento e a realidade social, existe um enorme vácuo que tem sido ocupado ao longo do tempo por sistemas políticos que não conseguem ou privilegiam a perspectiva humanista da convivência sócio-institucional, ou seja, entre a criação e o estabelecimento legal dos direitos de natureza social e as reais necessidades políticas dos indivíduos, há a presença histórica de diferentes formas de poder que obstruem a consagração e prevalência dos direitos humanos no convívio social.

A gênese desse distanciamento está na concepção de mundo condutora do mundo moderno, isto é, a razão de natureza técnica se sobrepõe à razão de natureza humana como referencial maior na condução do poder e da política. O pragmatismo, o utilitarismo e a funcionalidade de natureza técnica privilegia interesses políticos e hegemônicos avessos aos interesses e necessidades do cidadão comum. O que fica, então, evidenciado é uma sociedade política, econômica e socialmente do tipo injusta e eticamente comprometida, contrariando o princípio primeiro da vida em sociedade que é colocar o indivíduo comum como centro da existência humana, logo como pessoa merecedora dos direitos que são legitimamente seus.

A função social do Direito é, portanto, se apresentar como um princípio de natureza universal, mas que seja eficaz e justo dentro das particularidades impostas pela política aos indivíduos nas interações sociais e institucionais. O grande referencial para essa justa adequação de interesses e intenções deve ser, por exigência da dignidade, a ética. Em outras palavras, a ética deve anteceder ou conduzir o Direito como valor primeiro e universal, tal como nos ensinou a filosofia socrática. Ética, Direito, Política e Sociedade devem expressar uma interação rigorosamente hierarquizada a partir dessa ordem e estabelecida formalmente como cultura universal. É justamente o desprezo

à essa hierarquia que torna a realidade contemporânea um ambiente sócio-institucional repleto de conflitos, tensões e injustiças sociais.

O que fica evidenciado na relação existente entre ética, Direito e sociedade é que o Direito sempre se adequa aos valores morais presentes na realidade social e é justamente nessa adequação que ele deve se manifestar como referência legal virtuosa, ou seja, como um referencial ao mesmo tempo legalista e justo do ponto de vista ético. Um Direito que não deve ser imutável e sim aderente, mas que não abra mão de sua finalidade primeira que é o princípio de justiça e é justamente nesse sentido, que não pode se afastar da ética em suas concepções legais e normativas. O Direito não é, em sua essência, um princípio exclusivamente moral, mas em sua representação legalista deve estar inserido uma exigência de teor ético-moralista para que seja preservado o princípio de justiça nas relações sócio-institucionais.

É preciso, pois, que seja rompido o sectarismo positivista que se contrapõe ao naturalismo jurídico para que o Direito não se desvincule de sua natureza social-costumeira. Tal raciocínio parte do princípio de que o teor normativista do Direito deve derivar das necessidades impostas pela realidade social em sua totalidade, sem exclusivismos de qualquer ordem. Tal postura ao ser assumida mantém a devida conexão do Direito com a ética e, por extensão, com a justiça. Isso representa, em última análise, a preservação dos direitos do homem dentro da convivência sócio-institucional, preocupação maior quando se pretende discutir ética e Direito de forma conceitual. O Direito não deve ter, assim, uma natureza irracional e muito menos uma natureza racionalista radical, devendo se manifestar, portanto, de maneira equilibrada, adequando interesses materiais e valores culturais virtuosos.

Dentro desse pressuposto, o estabelecimento de uma nova retórica para o Direito no mundo pós-moderno faz-se necessária para que ocorra a devida sintonia com as transformações impostas pelo novo tempo, caracterizado por mutações ininterruptas nos valores e costumes derivados do livre-arbítrio e relativismo impostos como cultura. Manter-se equilibrado dentro de uma realidade social altamente dinâmica, conflitante e provosória, talvez seja o desafio maior que se apresenta não só para o Direito, mas também para o homem pós-moderno. O Direito enquanto instituição responsável pela neutralização de conflitos e problemas, deve estar aberto e ancorado na ética para que possa ter maior segurança em sua atuação institucional no combate aos excessos e abusos dentro do convívio sócio-cultural formalmente dado..

O princípio de justiça não deve ser estabelecido a partir do livre interpretação originária do livre-arbítrio moderno, pois essa concepção pode atrelar à sua argumentação legal interesses outros que não sejam necessariamente humanistas do ponto de vista moral. O ideal é que a justiça tenha um fim em si mesmo, desvinculada de ideologias específicas representantes que são de interesses políticos ou econômicos, para que possa se afirmar como princípio originário da virtude e da ética.

2 – ÉTICA E DIREITO NO MUNDO PÓS-MODERNO

A ruptura do Direito e da política com a tradição clássica ocorre com as grandes transformações impostas com o advento da modernidade. tal ruptura tem como expressão mais importante e impactante a afirmação de uma razão que não é propriamente derivada da alma humana, mas sim de uma nova ciência, que aliada ao tecnicismo, entendido como seu braço operacional, vai impor uma nova concepção de mundo eminentemente materialista e factual, de natureza funcionalista. Nessa nova ordem, a política ganha outra idealização, com sentido basicamente de ‘resultados’, leia-se resultados de interesses hegemônicos e de intenções econômicas liberais. Já o Direito, vai perdendo progressivamente sua tendência naturalista e costumeira, se ajustando ao racionalismo científico moderno afirmado, assumindo um caráter positivista, onde a lei passa a estar acima de qualquer outra razão que não seja ela própria.

Assim, a partir do século XVIII, a vida adquire tendência cada vez mais secularizada que envolve as instituições sociais em sua totalidade, inclusive a Política e o Direito, cada vez mais aderente às novas tendências modernas de se fazer política, bem como ao Estado .Moderno afirmado. Empirismo, racionalismo, cientificismo, tecnicismo e pragmatismo, essas são as características da nova filosofia que se impõe socialmente, fazendo emergir a partir desses pressupostos um outro tipo de homem. Vale dizer que essa nova concepção de mundo que impõe uma nova razão ao mundo ocidental que também vai interferir na definição da ética, que perde o sentido absoluto que possuía no período clássico, se relativizando como princípio na nova ordem moderna e pós-moderna.

Com isso, é a razão de natureza técnica que passa a conduzir o indivíduo, bem como todas as instituições sociais na idealização e execução de seus

preceitos, sejam políticos, econômicos ou culturais. O idealismo clássico sucumbe diante do pragmatismo moderno de maneira definitiva e insofismável, dando à convivência um sentido eminentemente utilitarista. A nova cultura que se afirma com a modernidade, derivada do racionalismo técnico-científico, impõe novos valores aos indivíduos transformando de maneira radical sua relação com a natureza dada. Nessa transmutação, o preceito de destino de outrora é categoricamente substituído pelo preceito do livre-arbítrio moderno, onde não mais são consideradas como legítimas as verdades absolutas, tudo passa a ser considerado como relativo, portanto, provisório.

A nova ordem moderna, dentro desse raciocínio, impõe ao homem moderno a obrigatoriedade de se inserir dentro desses novos preceitos oferecendo-lhe segurança material em troca de sua liberdade existencial. O trabalho passa a ser assim, a expressão mais visível desse atrelamento condicionante. A relação utilitarista elege, pois, o agir em detrimento do pensar

Fica bem definido nessa nova ordem a dominação que a passa a ser exercida sobre o indivíduo. Dominação essa, de caráter pragmático e devidamente legitimada pela política através do Direito. Nesse sentido, a legalidade se sobrepõe à moralidade, definindo uma nova forma de relação entre o Estado e a sociedade civil. O próprio conceito de sociedade civil perde também seu sentido originário clássico, ou seja, deixa de ser o entendimento como presença do indivíduo em todos os aspectos da vida ou da política nas grandes cidades, passando a ser entendida como segmento estritamente inserido no mundo moderno através das relações de trabalho e aos interesses inerentes à produção econômica.

O positivismo jurídico assume, assim, uma função de adequação legal dos interesses políticos e econômicos junto à essa nova sociedade civil afirmada. Atrelado ao Estado moderno, o Direito positivo se manifesta como autoridade legal e representativa da racionalidade tecnicista fundante da modernidade, desvinculando-se, como consequência, da ética como seu referencial maior. A interpretação conceitual e cultural dada ao homem a partir da Idade Moderna estabelece uma grande contradição do ponto de vista antropológico, isto é, ao mesmo tempo em que o Estado e o Direito moderno reconhecem a importância dos direitos humanos na convivência sócio-institucional, desprezam ou colocam em segundo plano sua efetiva consagração e afirmação.

O que se torna de fácil percepção é que há pleno reconhecimento que a vida só se realiza totalmente em um ambiente social onde a liberdade e a solidariedade sejam os dois grandes condutores da convivência entre os indivíduos. Em outras palavras, a vida só é plena quando há o perfeito ajustamento de todos os indivíduos a um bem comum democrático e politicamente bem definido institucionalmente. A total realização humana só se dá quando o indivíduo e o cidadão se manifestam em cada um e em todos os homens. Entretanto, o utilitarismo e o individualismo pragmático moderno obstruem esse intento de forma inapelável.

“Reside aí a raiz provável do paradoxo de uma sociedade obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos, e impotente para fazer descer do plano de um formalismo abstrato e inoperante esses direitos e levá-los a uma efetivação concreta nas instituições e nas práticas sociais. Na verdade, entre a universalidade do Direito e as liberdades singulares, a relação permanece abstrata e, no espaço dessa abstração desencadeiam-se formas muito reais de violência que acabam por consumir a cisão entre ética e Direito no mundo contemporâneo: aquela degradada em moral do interesse e do prazer, esse exilado na abstração da lei ou confiscado pela violência ideológica” (VAZ, 1988: 17).

Dentro da nova concepção de mundo instaurada, conforme já mencionado, o tecnicismo funcionalista se impõe como padrão cultural, colocando o idealismo humanista em plano secundário dentro da convivência sócio-cultural moderna e pós-moderna. Nesse sentido, a visão que o Estado assume em relação à sociedade civil é uma visão de certa forma distante, eminentemente técnica e de natureza econômica, dentro das novas relações de produção emergentes. Tal relação, dentro dessa nova perspectiva, adquire caráter mais quantitativo do que qualitativo, ou seja, passa a ter maior significado a razão de natureza materialista e funcional do que a razão humanista de natureza ética. Sem dúvida, algo revolucionário que altera de forma radical a presença e a convivência humana no mundo ocidental.

A verdade é que a pós-modernidade contemporânea está em crise por conta dos paradigmas estabelecidos por ela própria. De forma mais rigorosa, pode-se dizer que há uma ausência de paradigmas sólidos ou referenciais éticos consistentes capazes de conduzirem a convivência humana ocidental de

forma estável, justa e harmoniosa. O desejo maior que prevalece na condução da vida política e social na modernidade é a busca insensata estabelecida pelo poder econômico hegemônico no controle e dominação da sociedade.

Nessa intenção, o Estado e o Direito positivo tornam-se instrumentos legais importantes nessa empreitada. O que fica, assim, institucionalizado é uma realidade onde são criados mecanismos de controle e coerção reguladores da sociedade e dos indivíduos e que, como consequência, comprometem a plena liberdade, a ética e a convivência social justa e equilibrada. A concepção de mundo mecanicista condutora da contemporaneidade obstrui o estabelecimento de um ambiente sócio-institucional do tipo virtuoso, uma vez que não há um atrelamento radical entre a economia, a política, o estado e o direito com a ética, entendida aqui como princípio primeiro na condução da ação humana na vida institucionalizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BINGEMER, Maria Clara L. BARTHOLO JR, Roberto S. EXEMPLARIDADE ÉTICA e SANTIDADE. S. Paulo, Ed. Loyola, 1997.
- DROIT, Roger-Pol. ÉTICA. Uma Primeira Conversa. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2012.
- FORTI, Valeria. GUERRA, Yolanda. ÉTICA e DIREITOS. Ensaio Crítico. 4 Edição, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2013. págs. 31/54.
- JONES, Hans. O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE. Uma Ética Para a Civilização Tecnológica. Rio de Janeiro, Ed. Contraponto/PUC/RJ, 2006.
- MELLO, Cleyson de Moraes. O QUE É O DIREITO? Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 2006.
- PERELMAN, Chaim. ÉTICA e DIREITO. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2005.
- PINTO, Cristiano Paixão A. MODERNIDADE, TEMPO e DIREITO. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2002.
- SILVA, Vinicius A. Barreto. O PONTO de PARTIDA. Um OLHAR NIILISTA SOBRE os DISCURSOS da MORAL e do DIREITO. In Revista Contexto Jurídico. Rio de Janeiro, Fac. Direito/UERJ, número 3, 2012/2013. págs.257/276.
- VAZ, Henrique Claudio de L. ESCRITOS de FILOSOFIA II. São Paulo, Edições Loyola, 1988.

Impressão e acabamento:
COPGRA/ACOI
TRF 2ª Região



Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8788 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ♦ www.trf2.gov.br/emarf