

IL DIRITTO IN-FONDATAO E IL RITORNO DELLA REGIONE PRATICA NELLA SOCIETÀ DOPO MODERNA

O DIREITO FUNDADO E O RETORNO DA RAZÃO PRÁTICA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA¹

Francesco Viola²

Desde o início da civilização legal, o direito tem sido apresentado como um lugar de custódia do *humanum* de modo a ser a verdadeira justificativa para sua existência. Como observa o jurista Ermogeniano, “*hominum causa omne ius constitutum est*”.³ Ulpiano ao apresentar a figura e o papel do jurista é ainda mais explícito para essa preocupação:

Alguém, merecidamente, poderia nos chamar de sacerdotes da lei: na verdade cultivamos justiça e professamos o conhecimento do bem e do equitativo (*bonum et aequum*), separando o equitativo do iníquo, discernindo o lícito do ilícito, queremos fazer o bem [dos homens] não só com o medo de punições, mas também com exortação e recompensas: aspirar, se não me engano, ao verdadeiro, não a uma aparente filosofia.⁴

A referência à filosofia aqui deve ser entendida no sentido antigo, ou seja, não como pura especulação teórica, mas como um modo de vida e como um depósito de significado para a vida e a morte, para o bem e para o mal, para alegria e dor. “O verdadeiro saber é, na realidade, um saber fazer, e o verdadeiro saber fazer é saber fazer o bem”.⁵ Este é o antigo ideal de sabedoria que o verdadeiro filósofo também é um modelo e um professor de vida prática. Os próprios cristãos eram considerados “filósofos” nesse sentido preciso.⁶

Desde então, muita água passou sob as pontes da história tanto que, enquanto continua a justificativa do direito de descansar sobre sua utilidade para o homem, é hoje muito difícil encontrar um jurista que se reconheça nas tarefas indicadas por Ulpiano. Obviamente não estou me referindo ao papel sacerdotal, que pertence a uma visão antiga da sacralidade do

¹ _

² - Professor Emérito de Filosofia Jurídica na Universidade de Palermo. Desde 1986 leciona Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito, Direitos Humanos e Ética Jurídica.

³ _ D. 1, 5, 2. Cfr. anche J . Finnis, *The Priority of Persons*, in *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*, ed. J . Horder, Oxford University Press, Oxford 200 0 , pp.1-15.

⁴ _ D. 1. 1. 1. 1.

⁵ - P. Hadot, *Che cos'è la filosofia antica?* , trad. it. di E. Giovannelli, Einaudi, Torino 1998, p.21 e anche J . Domanski, *La philosophie, théorie ou manière de vivre? Le controverses de l'Antiquité à la Renaissance*, Éditions du Cerf, Paris 1996.

⁶ - Benedetto XVI, *Spe salvi*, n. 6. Artigo traduzido com autorização do autor pelo Dr. Antonio Alves de Carvalho e Dr. José Roberto Bonome, professores no curso de Direito da Universidade Evangélica de Goiás, pesquisadores e tradutores no NPDU da faculdade de Direito da Unievangelica – Anápolis – Goiás.

direito, mas sim à convicção da possibilidade de um conhecimento objetivo do bem e do justo que, por sua vez, justifica a tarefa de fazer bem aos homens.⁷ Conhecimento objetivo do bem e do justo que, por sua vez, justifica a tarefa de fazer bem aos homens. Se não pode haver ‘objetividade do conhecimento moral’, como sustenta o não reconhecimento ético, então mesmo essa tarefa não se justifica mais e o papel do jurista não é mais aquele de cultivar o bom e o equitativo. Também muda profundamente o sentido do direito, que se torna um conjunto de procedimentos formais. Assim, o montante do direito, e de toda a vida prática, reside numa questão filosófica central sobre a verdade do bem e do justo e a possibilidade de distinguir cognitivamente o bem do mal, o justo do iníquo.

Não pretendo abordar essa árdua questão filosófica como tal, mas só observar-lhe suas repercussões no mundo do direito na esperança de que o conhecimento dos efeitos possa nos levar a rever as concepções que as causam.

O modelo jus positivista

Em 1908, há um século, o jurista Jean Cruet, em um livro sobre a vida do direito positivo e a impotência da lei, escreveu: “O Direito não domina a sociedade, mas a expressa”.⁸ Estes foram, evidentemente, os primeiros sinais de um antiformalismo em oposição ao formalismo da dogmática jurídica do século XIX que afirmava precisamente dominar a sociedade, envolvendo-a nas densas malhas de uma rede de conceitos jurídicos abstratos. No entanto, apesar da mudança de abordagem da relação entre direito e sociedade, o paradigma permaneceu substancialmente o mesmo: o Direito tem uma tarefa exclusivamente organizacional da vida social. O que muda é, acima de tudo, a fonte original do princípio da organização primeiro na vontade do soberano, que se expressa através da lei, e agora na própria sociedade que é produtiva das regras legais.

De qualquer forma, o Direito é um instrumento passivo para fins que residem em outros lugares: no planejamento dos legisladores ou nas forças sociais. De qualquer forma, a lei é um epifenômeno do que é decidido em outro lugar, um braço executivo e como tal irresponsável. Não é o lugar da busca por justiça, mas sim de uma administração da justiça, de uma justiça já

⁷ - Cfr. R.P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, Oxford 1993.

⁸ - “Le droit ne domine pas la société, il l’exprime” (J . Cruet, *La vie du droit positif et l’impuissance des lois*, Flammarion, Paris 1908, p. 336).

estabelecida. Assim, de fato, entendeu-se o conceito de justo legal, ou seja, a conformidade pura e simples com a lei positiva. A distância do jurista Ulpiano, sacerdote do bem e da equidade, não poderia ser maior.

A vontade do soberano e do consenso social, ou seja, os dois grandes fundamentos do direito moderno, não são tão diferentes um do outro, pelo contrário, tendem – como é bem conhecido – a envolverem-se uns aos outros sem nunca conseguirem coincidir plenamente. De fato, na democracia representativa, não resta apenas a diferença entre a maioria e uma minoria, mas muitas vezes há também uma distância muito mais séria entre a classe política e a opinião pública, de modo que se referir a um consenso social pode parecer muito ambíguo. Apesar dessas diferenças, há uma comunhão entre esses dois critérios de legitimidade jurídica: ambos buscam a base do direito nos atos da vontade humana. Por outro lado, o Direito positivo é, por definição, posto como existente por atos de vontade e isso ninguém pode desconhecer como legítimo, uma vez que mesmo um suposto direito natural precisaria de autoridade humana para se afirmar como um regulador da vida social. No entanto, aqui se presume que a partir da vontade humana flui todo o Direito e que é sua base necessária e suficiente. Certamente essa vontade é influenciada por fatores de vários tipos, de interesses a valores, do poder político às demandas sociais. Mas tudo isso pertence ao campo do pré-jurídico, enquanto o Direito só existe quando sua base é estabelecida, ou seja, o ato da vontade como um fato empírico, seja com base no critério de validade formal ou com base em uma abordagem sociológica destinada a estabelecer sua eficácia.

Nestas condições, não surpreende que a tarefa da ciência jurídica e, em geral, do conhecimento do direito tenha um caráter essencialmente descritivo e teórico. Com efeito, trata-se de averiguar se o Direito existe e qual o seu conteúdo, ou seja, qual é a vontade do legislador ou da sociedade no seu conjunto, sem acrescentar nem subtrair nada. Certamente, no desempenho dessa função, a ciência jurídica não se limita à mera exegese de textos jurídicos, mas também se impulsiona para um trabalho de racionalização sistemática a fim de evitar confusões linguísticas, incertezas normativas e a possível contradição entre as normas, mas sempre no pressuposto de que esta é também a vontade de um legislador racional, que não quer que os ditames da sua vontade sejam anulados na fase da sua aplicação e que visa a coordenação das ações sociais.

Deste ponto de vista, o jurista é um oficial da ordem jurídica no sentido de um técnico que assegura o seu pleno funcionamento. Como tal, deve evitar formular qualquer juízo de valor, o que seria uma interferência indevida nas tarefas do legislador e no consenso social.

Por outro lado, a falta de valor é considerada uma característica fundamental da ciência, pois todo juízo de valor é considerado subjetivo e relativo por sua natureza. Não podemos esquecer que Hans Kelsen definiu a justiça como um "ideal irracional"⁹, ou seja, não científico como todos os ideais o são.

Em conclusão, o direito é fundado em atos de vontade de uma autoridade legítima que não carece de maiores justificativas, é um meio de controle e orientação social, enquanto a ciência jurídica o descreve de forma asséptica e neutra, e o coloca de forma a facilitar seu funcionamento e permitir ao juiz aplicar fielmente os ditames das normas jurídicas, ou seja, o conteúdo da vontade da qual se origina a lei.

Obviamente este é um quadro resumido ao máximo, mas não é uma caricatura, porque tem as suas razões e também, apesar disso, os seus valores que são os da segurança jurídica e da proteção das expectativas dos associados. Estas instâncias podem, sem dúvida, ser consideradas como fazendo parte do ideal de justiça. Mas, antes mesmo de nos perguntarmos se dessa forma o *humanum* para cuja utilidade a lei foi construída está adequadamente protegido, devemos nos perguntar se essa configuração da esfera da legalidade corresponde à realidade. De fato, se não corresponde a você, devemos considerá-lo como um ideal igual aos outros e julgá-lo como tal.

Crítica ao modelo jus positivista

Nos últimos dois séculos, esse modelo de direito e ciência jurídica tem sido perseguido ferozmente na filosofia e na teoria do direito, tentando de tempos em tempos contrastar as vozes de dissenso que nunca faltaram, mesmo que muitas vezes apressadamente silenciadas, tentando neutralizar a incômoda presença da discricionariedade na fase de aplicação do Direito. A discricção é uma fera negra, uma verdadeira pedra no sapato do positivismo jurídico.

Já é amplamente reconhecido que a prática do direito hoje não corresponde em nada a esse modelo em todos os seus pontos de qualificação e podemos acrescentar que poderia ser demonstrado que nunca correspondeu a eles. O próprio jus positivista o considera atualmente uma forma de "vetero-jus positivismo". Poder-se-ia inclusive não perder tempo em criticá-lo se isso não fosse instrutivo para melhor compreender a natureza do Direito positivo para mostrar que o jus positivismo como tal em todas as suas possíveis formas não está em grau de

⁹ - H. Kelsen, *Il problem a della giustizia*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1975, p. 66. *Revista Jurídica* http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Juridica/v.24, n.1, ago. - dez. 2022. 148-174. DOI:<https://Doi.org/10.29248/2236-5788>. 2022.v.2 – p.138–164.

apreendê-la adequadamente. Limitar-me-ei a alguns pontos estritamente essenciais em referência aos três atores principais do direito: o legislador, o jurista e o juiz.

O direito é um produto artificial que necessita do papel de uma autoridade que emite comandos e formula regras sociais. No Estado de Direito tal atividade legislativa está submetida ao respeito de determinados procedimentos que lhe representam o limite formal. Não existem outros limites? A autoridade é livre de decidir como pretende? Kelsen afirmou que o Direito pode possuir qualquer conteúdo, mesmo o mais injusto e aberrante, de outra forma, se terminaria no abraço mortal do Direito natural que - sempre para Kelsen - é uma concepção metafísico-teológica, isto é duplamente errônea.¹⁰

É necessário admitir que, colocado nestes termos, a alternativa é dramática como aquela entre Scylla e Charybdis. Mas, depois do trágico evento dos regimes totalitários se procurou evitá-la vinculando o legislador em relação aos princípios constitucionais, de um lado são Direito a todos os efeitos enquanto sancionados por atos de vontade de uma assembleia constituinte, mas por outro lado têm um caráter ético-jurídico enquanto ligados ao indisponível valor da dignidade da pessoa humana. De tal modo o *humanum* não somente no nível dos meios, mas agora de forma evidente no plano dos fins, faz o seu aparecimento dentro do Direito positivo, isto é, como seu dever-ser intrínseco.

Poder-se-ia observar como já foi feito, que os princípios constitucionais são também fruto da vontade de um povo soberano e como tais contingentes e relativos. mas não precisa transferir a contingência da vontade humana para seus conteúdos. Uma vontade livre pode aderir ou refutar o bem e o justo, mas isso não implica que esses sejam tais pelo próprio fato de serem escolhidos por ela. Por isso, é possível distinguir uma boa de uma má constituição. O critério de juízo é aquele da presença de garantias adequadas que tutelem os bens fundamentais do *humanum*. Por exemplo, segundo o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, "toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não existe constituição." Aqui os bens a serem tutelados são os direitos individuais e o mal a ser evitado é aquele da concentração do poder político que conduziria ao seu exercício arbitrário. Portanto, existe uma razão de ser própria ideia de constituição do momento em que essa não poderia ter qualquer conteúdo sem contradizer-se.

¹⁰ - Por exemplo: H. Kelsen, *The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science*, in "The Western Political Quarterly", 2, 4, p. 482.

Ao se acreditar, como se deve, que a defesa da dignidade da pessoa humana é uma das finalidades específicas do empreendimento constitucional, por mais diversamente compreendida, então há que se admitir que o poder constituinte possua valores substanciais a serem respeitados. Com efeito, sem dúvida existem valores e comportamentos lógicos e ontologicamente ligados a esse propósito. Que torturar ou escravizar uma pessoa humana é contra a dignidade humana, ninguém pode negar. Que a proteção da liberdade em todas as suas principais formas é consistente com o respeito pela dignidade humana, não há dúvida. Quero dizer que há um conjunto de princípios constitucionais, por menor que seja que nos obriga a admitir uma ética objetiva, capaz de discernir o bem do mal, o certo do errado. O não cognitivismo ético não pode explicar isso, ou seja, que a dignidade humana é um bem em si e que o respeito por ela implica logicamente a adesão a certos valores que não são tanto "meios" da dignidade, mas muito mais explicitações de seu conteúdo.

A vontade da assembleia constituinte ou do povo não pode mais ser considerada o fundamento último desses princípios, mas apenas a manifestação de adesão e compromisso com eles. Esta adesão é moralmente obrigatória quando se deseja respeitar os fins do ato constitutivo de uma comunidade política, que por definição visa o benefício dos que a ela pertencem. Podemos ainda acrescentar que os próprios cidadãos, a quem uma constituição se dirige diretamente, são antes de tudo considerados como seres humanos e que, por isso, uma constituição nacional abarca o *humanum* como tal, não podendo em linha princípio invocar a própria especificidade cultural como uma derrogação da humanidade comum.

Basta dar uma olhada nas constituições de nosso tempo para perceber, ao menos em termos de intenções declaradas, certa convergência em alguns princípios básicos junto com obviamente muitas diferenças ligadas à diversidade de culturas e tradições jurídicas e políticas. Esta homologação lenta, mas inexorável, é apoiada pela pressão da comunidade internacional, que entre outras coisas reconheceu nela a existência de regras imperativas de *ius cogens*, à primeira semente de um constitucionalismo em funcionamento no direito internacional.

Nestas condições, a vontade do legislador não se limita apenas a um nível formal, mas também a um nível substancial. Não se trata apenas de respeitar os princípios constitucionais na legislação ordinária, mas de ter atribuído desde já uma tarefa orientada para a sua plena concretização e desenvolvimento. Mas os princípios constitucionais, como sua própria denominação sugere, são apenas o começo da narrativa do direito contemporâneo.

O caminho do Direito

Com os princípios constitucionais o direito nasce muito incompleto. Aqui devemos notar a profunda diferença em relação ao antigo modelo positivista. Pelo contrário, este nascia com uma pretensão de completude, pois o legislador ditou todos os conteúdos normativos que o jurista foi chamado a interpretar e o juiz a aplicar. Mas um princípio é, por sua própria definição, incompleto, muito incompleto, apenas indica uma orientação para a ação, um valor a ter em atenção, uma exigência a respeitar, um mal a evitar e tudo isto em contextos particulares ainda não especificados. Esta incompletude diz respeito a dois perfis distintos, mas interagentes: o da forma de interpretação dos princípios e o da sua aplicabilidade imediata a casos concretos.

Os princípios constitucionais contêm conceitos éticos altamente controversos em termos de definição e alcance. Por exemplo, como se sabe, o princípio da defesa da vida não define o que se entende por "vida humana" e o mesmo acontece com todos os princípios que indicam valores a respeitar ou *desvalores* a evitar e mesmo pelos direitos de liberdade. Certamente esses conceitos têm um núcleo claro de casos de aplicação com os quais todos concordam, mas também há incerteza e desacordo sobre sua extensão. É fácil concordar, por exemplo, com a ideia de que, em princípio, a manifestação do pensamento não deve ser limitada ou controlada pela censura, mas questiona-se se as publicações pornográficas se enquadram nessa categoria de ações. Portanto, a discordância pode dizer respeito não apenas aos limites de um direito, mas também à própria definição do tipo de ação a que se refere.

Há pelo menos duas razões que justificam a natureza altamente indeterminada dos princípios constitucionais. A primeira tem um caráter pragmático: se fossem muito específicas, uma constituição não teria o alto consenso de que necessita. A segunda, por outro lado, tem uma dimensão antropológica: é impossível definir *humanum* de uma vez por todas, pois se trata do mundo dos valores fundamentais suscetíveis de infinitas declinações culturais. Também não é fácil estabelecer sempre *a priori* tudo o que é desumano ou degradante para a dignidade humana, porque ameaças imprevisíveis e repentinas surgem de todos os lados. Para isso é necessária a prática da vida em que o processo de determinação dos valores fundamentais exige a assunção de responsabilidade pelo que significa concretamente o respeito pela dignidade humana. De fato, o *humanum* não pode ser definido como se faz com os besouros, ou seja, pela aparência. Requer a autocompreensão da humanidade comum.

Isso explica a dramática natureza problemática dos princípios. Com efeito, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana apresenta aspetos potencialmente contraditórios e conflituosos: por um lado, existem comportamentos que são em si mesmos o respeito ou violação da dignidade da pessoa, ou seja, são bens ou males absolutos; por outro, também a consciência da pessoa está constitucionalizada no sentido de que os pedidos de reconhecimento da identidade e da liberdade de escolha mediante a atribuição de direitos pertencem, ao menos *prima facie*, ao respeito pela dignidade da pessoa. A primeira perspectiva pode de alguma forma, ser reconduzida até a tradição da lei natural ou, em qualquer caso, do cognitivismo ético. A segunda perspectiva, ou seja, a de respeitar a consciência das pessoas pode contrastar com a primeira e colocar a pessoa em conflito com o *ethos* da comunidade e com os próprios princípios de uma moralidade crítica. Desnecessário dizer que a disseminação do pluralismo ético e do multiculturalismo multiplica exponencialmente esses conflitos e os exacerba ainda mais, às vezes tornando-os insolúveis.

A natureza indeterminada dos princípios confere à atividade legislativa um papel deliberativo, que na realidade sempre teve, mas que agora se dirige diretamente ao modo de compreender e realizar valores fundamentais, ou seja, fins ético-políticos. Pela importância desse objeto de deliberação para a vida das pessoas, o processo deliberativo deixa sua marca no produto legislativo.¹¹ Quero dizer que a decisão, que encerra a atividade deliberativa, sempre traz consigo os conflitos de interpretação e as justificativas apresentadas. Estes não ficam de fora depois que a decisão é tomada. Aqui também há uma diferença com relação ao antigo modelo positivista segundo o qual o início do direito é o ato decisório, enquanto tudo o que o precedesse pertenceria ao pré-jurídico ou meta-jurídico. Já a *ratio legis* não deve ser entendida como uma escolha do legislador a ser levada em conta, mas propriamente como um discurso justificativo que de certa forma permanece aberto.

O discurso jurídico não deve ser trocado com um discurso meramente teórico, como o que ocorre nas assembleias de filósofos.¹² Seu fim é uma decisão a ser tomada, porque as circunstâncias assim o exigem. Podemos buscar a verdade indefinidamente, mas precisamos de justiça imediatamente. A ação não pode ser adiada e, portanto, é necessário em algum momento encerrar o debate. A deliberação não é uma discussão, porque seu fim não é a busca

¹¹ - Cfr. J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999.

¹² - Por exemplo: F. Viola, *Europe's Path to Public Reason*, in J. Ballesteros, E. Fernández Ruiz-Gálvez, P. Talavera (a cura di), *Globalization and Human Rights. Challenges and Answers from a European Perspective*, Springer, Dordrecht 2012, pp. 159-177.
Revista Jurídica <http://revistas.unievangelica.edu.br/RevistaJuridica/v.24,n.1,ago.-dez.2022.148-174>. DOI:<https://doi.org/10.29248/2236-5788.2022.v.2-p.138-164>.

da verdade teórica, mas uma decisão a ser tomada. No entanto, a verdade não pode ser deixada de lado, porque senão o resultado não seria uma boa decisão. Trata-se, porém, de “verdade prática”, que – como teremos ocasião de esclarecer mais adiante – não é a pura e simples aplicação da verdade teórica.

A verdade prática exige que o processo de deliberação seja constituído pelo confronto de razões opostas. Num regime de pluralismo devemos ir a busca de razões que possam ser entendidas como vinculantes para outros que não têm a mesma filosofia de vida ou a nossa própria fé religiosa. Obviamente, excluem-se também as razões que apelam a preferências próprias como tais ou a vantagens próprias e exclusivas pessoais ou de grupo. Se alguém se envolve em discurso público e não em negociação, desistiu implicitamente de avançar nesse tipo de raciocínio e se autocensurou a esse respeito.¹³

A deliberação - como notou Aristóteles¹⁴ - diz respeito apenas às coisas que estão em nosso poder, ou seja, às ações humanas a serem implementadas. É um argumento prático, cuja conclusão própria é uma ação e não uma proposição teórica. A própria decisão, que é parte integrante da deliberação e não um produto externo e independente dela deve ser considerada como a própria ação das instituições sociais e políticas. Nesse sentido, pode-se dizer que um ato legislativo é a ação própria dos Parlamentos. Devemos acrescentar também que o processo deliberativo rejeita a primazia e a inquestionabilidade das preferências, porque parte do pressuposto de que as pessoas podem mudar de opinião. A deliberação é um método de mudar mentes, como nos ensina a retórica clássica. É próprio de a deliberação visar a transformação de opiniões com argumentos racionais ou razoáveis, que apelam para valores imparciais, a fim de alcançar um modo comum de pensar para obter um modo comum de agir. Pode-se dizer também que o processo público de deliberação é a busca comum de fundamentos para princípios comuns que se apoiem em razões mutuamente aceitáveis.

A possibilidade de mudar de opinião não diz respeito apenas às preferências dos indivíduos, mas também às identidades culturais se essas se aceitam como deveriam uma ideia dinâmica de “cultura” e não fecham as portas à interpretação. Como se vê facilmente, neste contexto as decisões da autoridade política não podem ser entendidas como um ditame de uma vontade infundada ou, o que é a mesmo, fundada apenas nela própria. Agora, o papel

¹³ - J. Elster, *The Market and the Forum : Three Varieties of Political Theory*, in J. Bohman e W. Rehg (a cura di), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, The MIT Press, Cambridge Mass. 1999, p. 12.

¹⁴ - *Ética Nicomachea*, 1112 a 27-30.

da autoridade deve ser mais adequadamente entendido como uma tarefa de salvaguardar a regularidade do processo deliberativo e garantir a validade axiológica das razões que o habitam à luz dos princípios constitucionais. Conseqüentemente, a vontade e a razão não podem mais ser entendidas como necessariamente separadas, nem o comando da autoridade como não necessitado de justificação racional. No entanto, a natureza contingente da decisão legislativa revela claramente o seu alcance "temporário" ligado a circunstâncias políticas e sociais. A questão não pode ser encerrada de uma vez por todas. Nunca está na busca da verdade teórica e ainda mais na busca da verdade prática. É uma convicção ideológica e antidemocrática acreditar que não se pode voltar atrás ou mudar o pensamento e a linha de ação. Isso se aplica a todas as decisões políticas, das menos importantes às mais importantes, especialmente aquelas que dizem respeito a questões antropológicas e existenciais, como vida e morte humana, casamento e família, educação e trabalho.

A Mediação Cognitiva do Jurista

Este início do Direito Positivo marca com sua característica todo itinerário de sua narrativa. A decisão legislativa é ela mesma altamente indeterminada em relação à sua aplicação ao caso concreto, que é o objetivo último do Direito. Isto não pode ser esquecido, dado que o Direito, diferente da política, não é uma questão de instituições justas, mas de justiça no caso concreto. Por isto o juiz é ainda mais necessário que o legislador, como de fato atesta a história do Direito. O Direito pode existir sem legisladores, mas não sem os juízes. Ressalto que esta é uma prova empírica da existência de um direito natural aqui subentendido.

A regra que permite decidir o caso concreto deve ainda ser formada através de um laborioso processo de especificação e de determinação, que seria por dizer simples considerar, como uma mera derivação lógica do preceito legislativo. Isso significa que não precisa identificar o direito com a lei como ocorre no modelo vetero-positivista. A lei é somente uma etapa no caminho rumo a realização do direito¹⁵ e, ao mesmo tempo, um material e um recurso a ser explorado.

¹⁵ - Cfr. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Athenäum, Frankfurt 1977, p.157.

Hoje, esse quadro é ainda mais complicado pela multiplicação das fontes do direito. Ao lado das leis nacionais, muitas vezes em posição de superioridade hierárquica, existem normas oriundas de instituições transnacionais, como a União Europeia, e normas produzidas por organismos internacionais ou contidas em tratados internacionais. Ao mesmo tempo, ocorre uma fragmentação das normas dentro do próprio Estado devido às autonomias locais, ao regionalismo, às instâncias federalistas, ao direito indígena, todos os processos que ganham nova vida a partir do princípio da subsidiariedade e novo ímpeto. Novas regras legais estão fluindo de cima e de baixo, que de alguma forma devem concordar e se harmonizar com aquelas nacionais para fazer justiça no caso concreto. Além disso, deve-se considerar que os recursos dos quais o direito é retirado não são apenas os oficiais, aos quais é reservada uma força particularmente vinculante, mas existem outros não oficiais, não formalmente vinculantes e que também exercem em graus diversos uma significativa e às vezes até influência decisiva. Se pretendermos indicar somente algumas, podemos pensar no progresso da ciência e no desenvolvimento das tecnologias, no mercado e na economia, nas convicções difundidas sobre o modo de entender os direitos humanos.

Particularmente se pode notar no cenário internacional uma sempre mais acelerada circulação dos institutos jurídicos e das práticas jurídicas interpretativas e argumentativas entre os diferentes sistemas jurídicos e as cortes de justiça. Isto é o sinal da disposição a ser apreendido como os outros povos afrontaram problemas da vida comum e admitir algumas decisões tomadas em outro lugar, como o perigo, porém de padecer uma influência das hegemonias políticas, econômicas e culturais.

Se o Direito fosse somente uma questão de vontade legislativa, então não se vê o que se poderia nos ensinar os mandamentos jurídicos próprios dos outros povos, as normas próprias dos sistemas jurídicos estrangeiros e as decisões das cortes estrangeiras. Mas, se o Direito é uma disciplina argumentativa, isto é matéria de razão prática¹⁶, então faz sentido observar como os outros afrontam os mesmos problemas e indagar quais relações racionais existem entre o caso que devemos resolver e o modo no qual casos semelhantes foram resolvidos em outras partes do mundo.

Em suma, o Direito positivo abandonou o porto seguro dos confins nacionais para navegar no alto mar e tempestuoso da globalização. Existe quem falou inclusive de

¹⁶ - N. Mac Cormick, *Rhetoric and the Rule of Law . A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford 2005, p. 14.

Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Juridica/v.24_n.1_ago.-dez.2022.148-174. DOI:<https://doi.org/10.29248/2236-5788.2022.v.2-p.138-164>.

universalidade do Direito Positivo¹⁷. Isto é exagerado e, todavia se trata de um fenômeno que pode ser verificado pela sua carga mundial ao tradicional *ius gentium*, mas no restante difere profundamente, sobretudo, pela contínua mudança e inconstância das relações entre os sistemas jurídicos.

Neste contexto de gênero, que aqui foi somente palidamente esboçado, se compreende facilmente que os processos deliberativos não podem ser reservados à produção das leis. Esses continuam num interno das pesquisas do Direito a ser aplicado nos casos concretos, isto é, dizem respeito à doutrina e à jurisdição. De fato, cada determinação implica uma escolha entre interpretações diferentes e entre argumentos concorrentes e cada escolha exige uma decisão.

A ciência jurídica neste momento é mais que necessária, dado que os materiais do qual se retira o direito, são produzidos em estado caótico e aluvional. O mundo do Direito está povoado por coisas bem diferentes entre si, como por exemplo: atos de vontade, regras, procedimentos, comportamentos de relevância social, argumentações, funções oficiais e não oficiais de sujeitos diferentes, deliberações e decisões. Falar de desordem é dizer pouco. A primeira impressão é aquela de um caos. E não obstante este caos está sustentado, em linha de princípio, por uma finalidade compartilhada, que é aquela da legalidade, isto é, em dar respostas corretas e certas às exigências de justiça. Isto implica em que neste lugar está presente como indispensável uma instância de normatividade. Institui assim a típica situação hermenêutica de caráter dialógico e interativo. Mas, as tentativas de coordenação e de cooperação nem sempre tem sucesso, e, quando tem, este não é duradouro e muitas vezes vale somente para situações concretas. As situações são por definição sempre particular. O caos do Direito permanece tal e talvez seja assim mesmo.

Os papéis dos atores e das próprias instituições nacionais, internacionais e transnacionais não estão definidos claramente e se modificam com base nas contingências históricas. A cooperação entre eles tende a se transformar em competição, como sempre foi: o legislador quer um jurista mero exegeta das normas e um juiz como seu porta voz; o jurista deseja um legislador racional e um juiz diferente em relação à doutrina; o juiz é combatido entre a tendência de não assumir a responsabilidade da decisão e aquela de sub-rogar o papel do legislador e do jurista. Cada um deles tem as suas razões, mas também seus defeitos. Basta

¹⁷ - S. Cassese, *Universalità del diritto*, Esi, Napoli 2005.

multiplicar exponencialmente este paradigma tradicional da competição entre os atores do direito para se ter uma pálida ideia da confusão jurídica de nosso tempo.

No interior desta desordem estão, sem dúvida, alguns dispositivos de controle do tráfego normativo. O principal destas desordens está constituído pela ciência jurídica, que possui tradicionalmente um papel de mediação cognitiva. Entre a produção normativa e a decisão do caso concreto está o filtro da interpretação e da argumentação. Mas aqui se trata de uma obra paciente de tessitura de razões provenientes de fontes diversas, de colocar de acordo aquilo que a primeira vista aparece discordante¹⁸, de reelaboração das normas e de uma adaptação em vista de suas aplicações. Não se trata somente dos deveres tradicionais, de exegese e de sistemática das leis, o que seria muito redutivo, mas também de individuação de todos os fatores que exercem uma força normativa de qualquer relevo nos contextos de exercício e de uma justificada convalidação delas. Excluí-los só porque são instáveis e incertos significaria querer fechar os olhos. Mas, sobretudo, a obra do jurista é aquela de desenvolver o Direito como discurso entre regras e princípios que já foram reconhecidos como pertencentes ao mundo da juridicidade, mas que se encontra em situação dispersa e conflituosa e que devem ser coordenados de modo razoável, isto é, de modo a modelar-lhe o impulso extremista tornando-os capazes de aceitar a limitação recíproca.

O jurista e o juiz são também chamados a abrir o seu saber técnico aos novos contextos culturais no qual o Direito toma forma atualmente. A dogmática jurídica tradicional aparece esclerosada em conceitos técnicos que, embora sendo válidos em si mesmos, estão muito ligados a formas de vida social do passado. É preciso iniciar um novo processo de metabolização de novos direitos e novos deveres que aguardam a tradução para a linguagem jurídica. As normas oriundas da ciência, da economia, das religiões e da moral batem à porta do direito e pedem a sua conversão em forma jurídica para fazerem parte da razão pública e, conseqüentemente, do discurso público. Em particular, os direitos humanos introduzem no mundo do direito problemas muitas vezes inusitados em relação à sua longa tradição e exigem do jurista e do juiz habilidades que antes, erroneamente, não se acreditava serem estritamente necessárias.

Sendo o direito uma linguagem significativa de interação social, a tradução para a forma jurídica do material normativo de diversas origens não apenas auxilia o trabalho do

¹⁸ - Lembremos que “Concordantia discordantium canonum” é o título do famoso *Decretum Gratiani* del 1141, que recolheu o decreto papal.

legislador, mas também permite a construção de um terreno comum necessário para o entendimento e compreensão as razões dos outros. Numa sociedade tipo Babel, em que as línguas se multiplicam e as diferentes identidades culturais se encontram, é necessário construir pontes hermenêuticas ou redes de comunicação que permitam o diálogo entre as diversidades sem desentendimentos ou mal-entendidos. Nesse sentido, o direito pode ostentar uma longa tradição de experiência em relação ao pluralismo em todas as suas modalidades possíveis.

Nesse sentido, devemos reconhecer que a tarefa cognitiva da ciência jurídica não é meramente descritiva ou teórica, como é em geral para as outras ciências, mas também operacional e construtiva em nível social e político ou de tecer um discurso comum tanto quanto que seria preferível não esquecer a antiga sabedoria do direito romano que preferia considerá-lo uma arte (*ars boni et aequi*) e não por acaso o havia chamado de "jurisprudência" para sublinhar que não era de raciocínio abstrato e não em necessidade das virtudes.

A tarefa cognitiva da jurisprudência sugere uma atitude distanciada ou "externa", mas o jurista também participa de dentro do dinamismo do direito. Isso pode parecer contraditório ou impossível e somos tentados a escolher um ou outro caminho. Mas no campo prático as duas coisas acontecem juntas. Aqui, os processos cognitivos são tanto internos quanto externos, internos porque fazem parte integrante do curso da ação empreendida, externos porque o uso da razão como tal tem necessariamente um caráter reflexivo, isto é, desapegado e imparcial. A ciência jurídica é exatamente assim, ainda que de forma complexa e articulada, pois a deliberação tem um alcance social e para ela contribuem muitos sujeitos diferentes com papéis distintos. Portanto, o modelo deliberativo de razão prática com as devidas adaptações ajudaria muito a compreensão do direito e da ciência jurídica e, no entanto, na literatura jurídico-filosófica dos últimos dois séculos ele foi completamente descartado, com algumas importantes exceções. Até hoje ainda me pergunto o porquê.

É mais fácil muitas vezes admitir que o juiz delibere quando deve decidir um caso concreto e que também delibere o cidadão no seguir as regras jurídicas, não parece que isto seja o modo mais apropriado para definir a obra do jurista ou, mas em geral, da ciência jurídica. Pensa-se que em se tratando de uma ciência, essa deve se limitar a descrever as normas sem nada acrescentar ou tirar. Todavia todos reconhecem na atualidade que uma interpretação jurídica é uma escolha entre diferentes e legítimas soluções possíveis e que cada escolha, propriamente humana, é de se distinguir do acaso ou ao menos deveria ser. Mas a escolha que é exatamente da ciência jurídica não é com certeza aquela que diz respeito aos

casos concretos, mas aquela que diz respeito a interpretação mais adequada, aquela mais razoável, aquela mais coerente com o resto do material normativo, isto é, uma interpretação sustentada por argumentações mais sólidas, mais capazes de auto relevância e de comunicabilidade.

A busca pelo melhor Direito possível

Esta descrição sumária do mundo jurídico contemporânea, bem distante daquela monológica e regida por um imperativismo do século XIX e por aquela científica e descritiva do jus positivismo do século XX, deixou as claras que a atividade deliberativa é penetrante tanto na produção narrativa, seja na determinação do Direito, seja na aplicação aos casos concretos e que agora, ainda mais claro que antes, essa diz respeito diretamente ao *humanum*. Já se pode dizer que um dos sentidos possíveis do "novo humanismo" seja aquele do emergir da centralidade do *humanum* em um dos setores da vida prática como é o Direito que por sua vez é parte da busca geral pelo bem e pelo florescimento humano. Dessa forma se coloca um interrogativo crucial: quais critérios deveria seguir o legislador na escolha entre os vários modos de entender os princípios constitucionais? Em vista do quê o jurista deveria escolher uma interpretação ao invés de outra? A qual fim o juiz deveria tomar uma decisão ao invés de uma outra no mesmo nível plausível.

Estas perguntas não fazem sentido se não se admite que não somente o legislador, mas também o jurista e o juiz são agentes livres e responsáveis que com suas escolhas concorrem para a formação do Direito. A lei não é uma gaiola de aço que tira toda a liberdade de escolha. Se assim fosse, o próprio Direito e a procura pela justiça seria impossível. Devemos então pensar o Direito como uma máquina de coerção, isto é, em senso anti-humanístico. Com certeza a liberdade do jurista e do juiz possui vínculos e limites que são diferentes daqueles do legislador, dado que, além do mais deve levar em conta as determinações de cada um. Todavia quanto mais se multiplicam as fontes do Direito, tanto mais se multiplicam as soluções legítimas e corretas. Parece, portanto, evidente que não obstante a diversidade dos papéis, o fim da deliberação jurídica é o mesmo para todos os sujeitos envolvidos nesta empreitada, isto é, a procura pelo "melhor Direito possível"¹⁹. Obviamente não se trata do melhor Direito positivo em abstrato, mas daquele possível, isto é, nos limites das fontes

¹⁹ - L. Lombardi, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1981, pp. 179-181
Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Juridica/v.24_n.1_ago.-dez.2022.148-174. DOI:<https://doi.org/10.29248/2236-5788.2022.v.2-p.138-164>.

efetivamente disponíveis. Todavia entre estas fontes é necessário também incluir o senso da justiça, que é o bem próprio do Direito e, portanto, também o fim de sua empreitada. A justificação última que induz a escolher uma solução entre outras, igualmente legítimas, consiste em admitir de que se trata daquela mais justa ou mais correta, ou mais útil para a custódia e o respeito do *humanum*.

É preciso reconhecer que o senso de justiça é um fator subjetivo, mas que não pode ser eliminado na formação de um Direito entendido como processo deliberativo contínuo de agentes livres e responsáveis. Certamente há pontos firmes de natureza formal, como os ligados ao princípio de justiça natural que exige que casos iguais sejam tratados de forma igual e casos desiguais desigualmente. Mas então o julgamento sobre o que é igual e o que é desigual requer a intervenção de critérios substanciais que colocam em jogo a subjetividade das avaliações. O pluralismo contemporâneo, que diz respeito justamente à visão do bem e do mal e, portanto, do que se conforma ou não ao *humanum*, agrava essa discordância sobre o senso de justiça.

A subjetividade do senso de justiça não significa necessariamente subjetivismo. De fato, o direito positivo existe também para combater o subjetivismo nos critérios de justiça. O direito não é um material que se possa forjar à vontade, porque implica também o respeito pelos "princípios da razoabilidade" que remontam ao bom uso da razão prática. Eles não pré-constituem uma decisão específica, mas servem para canalizar o raciocínio jurídico e ao mesmo tempo favorecer certo senso comum de justiça. Indicarei apenas algumas delas, pois o tratamento deste tema é muito mais complexo e exigiria colocar em causa a ética da virtude e a deontologia profissional, que dela fazem parte.²⁰

O princípio geral é o seguinte: *humanum* deve ser tratado de forma humana. Este é o segundo sentido do "novo humanismo" no direito. O *humanum* não é apenas o objeto e a finalidade da lei, mas também uma prática a ser seguida. O Direito é uma forma humana de tratar os seres humanos.

O tratamento humano não significa pura e simplesmente um tratamento "humanitário", mesmo que o inclua e isso nunca deve ser esquecido. Mas, de forma mais ampla, o tratamento humano significa considerar os outros como pessoas (*iustitia est ad alterum*), ou seja, como agentes livres e responsáveis que se realizam por meio de relações sociais significativas e estáveis. Isso significa, por um lado, que na busca comum do bem devem sempre poder aderir livremente a ele (endosso), pois faz parte do conceito de bem

²⁰ - I. Trujillo, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna 2013.
Revista Jurídica <http://revistas.unievangelica.edu.br/RevistaJuridica/v.24,n.1,ago.-dez.2022.148-174>. DOI:<https://doi.org/10.29248/2236-5788.2022.v.2-p.138-164>.

humano ser querido por aquele cujo bem deseja.²¹ Por outro lado, isso também significa que as relações sociais significativas têm uma finalidade estrutural que não pode ser deixada ao arbítrio de quem as habita sem perder sua relevância.

O tratamento humano no sentido acima indicado é precisamente o sentido de "tornar os homens bons", de que falava Ulpiano, caso contrário não teria senão paternalismo.

Com efeito, cada um é chamado a justificar os próprios critérios de justiça, isto é, para mostrar que eles são fundados em razões que todos eles devem compartilhar. Portanto, não são permitidas próprias propensões éticas, políticas ou religiosas, se não na medida em que se dizem universalizáveis e são capazes de prová-lo. A razão pública, na verdade, é o tribunal desses debates sempre aberto na praça da cidade do homem por ocasião de questões éticas ou politicamente sensíveis que surgem de tempos em tempos.

A justificação da escolha do melhor direito positivo tem uma base comum, isto é, os valores fundamentais do *humanum*, assim como são proclamados pelas constituições que colocam no centro a dignidade da pessoa humana. Mas - como já vimos - isso não basta para assegurar soluções compartilhadas e respeitadas sobre o *humanum*. O conflito das interpretações em todos os níveis do discurso jurídico demonstra esse fato abundantemente. Tal conflito deve ser administrado por aqueles que podemos chamar de outra forma como "os funcionários do Direito", isto é, do legislador, do jurista, do juiz, e do mesmo cidadão de um regime democrático, com base no princípio da razoabilidade, que não deve ser entendido como uma forma de compromisso ou de acomodação. Trata-se, ao invés, da capacidade de dar respostas que estejam de acordo com uma consideração global ou integral do *humanum*. É preciso, no entanto, estar atentos a todas as repetições de uma decisão, que é justa não isoladamente considerada, mas na medida em que não contrasta com outros valores fundamentais das pessoas e das relações entre as pessoas, impedindo-lhes sua realização. O Direito é por sua natureza contrária à tirania dos valores, isto é, à sua absolutização sem limites. O Direito combate o fundamentalismo em todas as suas versões possíveis, desde a religiosa até a laicista. A empresa jurídica está voltada para a urbanização dos valores absolutos de per si, a tornar possível a sua integração com a finalidade de uma realização integral do *humanum*. É contrária ao senso de justiça jurídica a afirmação de valores absolutos, de princípios sem

²¹ - Segundo Thomas Aquin ou no campo da verdade prática, o mais competente para julgar um fim e os meios para alcançá-lo é aquele que tem esse fim como seu. *Summa theologiae*, I-II, q. 90, a. 3.

exceção e de direitos sem limites.²² Um dos significados do justo (right) é exatamente aquele de "adapto", "correto", "apropriado", isso em geral considerado, e não somente aquele de mera expectativa subjetiva.

No entanto, se admitimos - como se deveria - que o bem comum não é somente o bem das pessoas individualmente, mas o bem próprio da vida comum e das relações significativas entre as pessoas, então a universalidade das pretensões individuais não basta, mas ocorre que se mostrem também como a própria exigência de liberdade e de reconhecimento possa inserir-se na ordem e no histórico das liberdades que dá substância a uma comunidade política, sem destruir a comunhão dos valores fundamentais, transformando a unidade social em um espaço de liberdades irrealizadas. Isto não significa que não se devem corrigir as injustiças da história e incluir os excluídos, mas que sempre se faz necessário mostrar que a integridade do humanum é salva, inclusive aumentada.

Não existe um direito à liberdade em geral, mas sempre a liberdades específicas, que se limitam reciprocamente. A vida social exige - como ensinou Rawls - uma cooperação razoável entre as pessoas. Tal cooperação se substancia em uma equânime cooperação das liberdades e esta, por sua vez, exige não raramente o sacrifício das próprias pretensões, e também daquelas abstratamente universalistas, para o bem da vida comum. Qual seja tal bem não é questão que se possa resolver com as disputas filosóficas e muito menos com a queda de braço entre pretensões individuais ou de grupos descuidados, sendo cada uma por conta própria da ordem e das liberdades. É questão de afrontar com a razoabilidade prática que é por sua vez não somente marcada pelo princípio de cooperação e de reciprocidade, mas também pela exigência de conferir significação à vida comum, salvaguardando as finalidades próprias das instituições sociais fundamentais.

Sem uma ordem das liberdades nem mesmo a lei moral seria praticável. Portanto, a exigência de uma ordem das liberdades radicada na convivência social tem o seu fundamento último na própria moralidade pública. Com isto se quer dizer que a vida social implica em uma repartição dos direitos e dos ônus segundo determinados critérios comuns. Isto por sua vez, implica sacrifícios e exige um posicionamento cooperativo. Se as liberdades se colocam em desordem, então o discurso público fica privado de sentido e a sociedade não é mais uma empresa comum, mas somente um escritório usado para o reconhecimento oficial das mais

²² - I. Trujillo e F. Viola, *What Human Rights Are Not (Or Not Only). A Negative Path to Human Rights Practice*, Nova Science Publishers, New York 2014.

diversas identidades. Toda sociedade se constrói narrativamente em torno de uma ordem das liberdades que vai discutindo e se modificando continuamente, mas sempre na tentativa de exprimir da melhor forma o sentido dos valores e dos princípios fundamentais que a caracterizam.²³

Enfim, é necessário acrescentar que entre os princípios de razoabilidade, estão aqueles ligados ao princípio de cooperação, e que os "funcionários do Direito" devem seguir na formação do sentido de justiça. Isto assume significativas declinações no campo da interpretação e da argumentação jurídica, que é - como repetidamente sublinhamos - a vida do Direito.

Em primeiro lugar, existe um dever de lealdade (termo que deriva significativamente de *legalitas*) do juiz perante a lei e existem órgãos especiais, como a Corte de Cassação na Itália, que supervisiona a aplicação exata e conforme da lei (*nomofilachia*). O vínculo do precedente judiciário, própria do *common law*, pertence à mesma necessidade, que é a de defender a integridade do direito. Isso não consiste em decisões extemporâneas e fragmentadas, mas é um empreendimento unitário que garante a continuidade de uma sociedade política ao longo das gerações e rejeita o tratamento desigual.

Em segundo lugar, existe o princípio da colaboração leal, que foi concretizado tanto na nossa Constituição (art. 120.º da constituição italiana) como no Tratado da União Europeia (art. 4.º). Está estreitamente ligado ao princípio da subsidiaridade e destina-se a garantir a coordenação entre os organismos públicos e as instituições que, em diferentes níveis, visam assegurar a realização do bem comum. Uma aplicação deste princípio reside na obrigação de interpretá-lo de acordo com o direito da União Europeia. Esta obrigação impõe ao juiz nacional interpretar as disposições do direito interno de modo a favorecer aquele resultado mais conforme com o pretendido pelo ordenamento jurídico comunitário, que neste ponto, se apresenta como o melhor direito.

Não importa que esses princípios de alguma forma vinculados ao valor da cooperação estejam explicitamente previstos em documentos legislativos. Na verdade, nem todos são. Em vez disso, é importante que eles sejam realmente seguidos pelos intérpretes, que extraem implicitamente as devidas consequências do fato de que o direito é um empreendimento cooperativo.

²³ - Cfr. M. Sandel, *Giustizia. Il nostro bene comune*, trad. it. di T. Gargiulo, Feltrinelli, Milano 2010

Como se vê facilmente, o objetivo é combater uma versão subjetivista do senso de justiça, estabelecendo critérios interpretativos e argumentativos comuns. Esse controle não é apenas vertical, mas também horizontal se pensarmos na "comunidade de intérpretes", que é um lugar muito mais eficaz de autorregulação e *autocontenção*. Esta comunidade expande-se cada vez mais para além das fronteiras nacionais, confirmando que o direito não é uma questão de vontade soberana, mas um trabalho da razoabilidade que deve negociar continuamente com as culturas nacionais sem as separar, mas favorecendo a sua evolução para um respeito cada vez maior pela dignidade humana.

Este é o terceiro significado do "novo humanismo" no direito, ou seja, o fato de ser ele próprio reconhecido como um exemplo de uso prático da razão humana. Portanto, não apenas a razão está no centro do direito, o que já é em si contrário ao voluntarismo do positivismo jurídico, mas também como "razão prática", isto é, como normativa, o que não é apenas contrário ao não cognitivismo do positivismo, mas também ao racionalismo teórico do jusnaturalismo moderno. Visto que a compreensão da razão prática, que é a verdadeira filosofia de que falava Ulpiano, é dificultada por preconceitos filosóficos profundamente enraizados, é bom deter-se nela para concluir.

Novo humanismo e razão prática

Aristóteles defendia o conhecimento prático como um campo autônomo do saber e não exatamente como mera aplicação da *teorese*. A razão prática não é uma teoria aplicada. Não só entre as ciências especulativas e práticas existe uma diferença no objeto, porque neste último é o que depende do homem como autor de uma escolha (*proairesis*), mas, sobretudo há também uma diferença na maneira de se relacionar com o objeto, que neste último é a de participação a algo que de alguma forma nos interessa em razão de nossa humanidade comum. Os juízos de valor ou relevância são parte constituinte essencial desta ciência e como tal não podem ser eliminados nem neutralizados. Uma ciência é prática quando o fim do conhecer é parte integrante do objeto a ser conhecido, enquanto nas ciências teóricas é exatamente o contrário. Consequentemente, o uso da razão também é diferente. Na ciência prática, o sujeito cognoscente é o próprio agente, isto é, aquele que está envolvido no objeto a ser conhecido em razão de sua humanidade. Por isto, a ciência prática está de alguma forma sempre na primeira pessoa, e não na terceira pessoa.

É na primeira pessoa quando se trata de um “funcionário do direito” e não porque haja um “nós” coletivo, mas porque os participantes da lei devem saber distinguir o bem comum do bem para si. A promessa de justiça, que a lei traz em si, realiza-se no bem comum, a que devem aspirar todos os «funcionários do direito», incluindo o cidadão. É a comunhão do bem que justifica a cooperação e a ação comum, e não a perigosa unificação de subjetividades em um “nós” orgânico.

Segundo Aristóteles, um raciocínio pode ser considerado “prático” não apenas porque diz respeito a ações humanas, mas especificamente quando visa determinar a ação a ser realizada. O raciocínio prático tem como conclusão não uma proposição, mas uma ação. Conseqüentemente, a razão prática não é uma reflexão sobre a ação humana, mas uma reflexão para a ação humana.²⁴ A razão prática tem, portanto, caráter normativo e não meramente descritivo e se coloca do ponto de vista interno de quem se questiona sobre a ação a ser praticada, porque, no nosso caso, é um cidadão que deseja exercer direitos próprios ou porque é um juiz que deve decidir se os direitos foram violados ou legitimamente exercidos. Ambos devem apresentar razões que justifiquem suas escolhas. Essas razões são passíveis de escrutínio crítico e por isso é um saber pautado pela razoabilidade e pela confiança de que o homem é capaz de escapar das pulsões constrictivas de seus instintos para seguir a razão.

Pode ser que a ação em questão não seja diretamente própria do sujeito que usa a razão prática, mas apenas elaborada por ele, estabelecendo as condições para a ação de outrem, como é o caso do legislador, quando reconhece ou atribui direitos definidos em abstrato, ou do jurista que interpreta o material normativo. Na dimensão social e política, a razão prática é um empreendimento cooperativo. O direito é um empreendimento cooperativo em que a ação de um só pode ser compreendida levando-se em consideração a do outro. Por isso - como observa Ricoeur - «o direito estabelecido, como sistema de regras, não esgota o direito como empreendimento político».²⁵ Devemos continuar acrescentando que a política, por sua vez, pertence à busca geral do bem humano. A vida prática, embora dividida em esferas específicas (moral, direito, política, economia e religião), não deve perder a unicidade da sua finalidade, que é a da plena realização do humanum. Com relação a esse fim, nenhuma esfera

²⁴ - Isso é bem expresso em Tomás de Aquino: «...n on enim consideratio de agen- dis vel faciendis pertinet ad intellectum practicum nisi propter agere vel facere». *De virtutibus in com m uni*, q. un., a.7 ad 1.

²⁵ - P. Ricoeur, *Interpretazione e/ o argom entazione*, in “Ars Interpretandi. An- nuario di ermeneutica giuridica”, 1, 1996, p. 82.
Revista Jurídica <http://revistas.unievangelica.edu.br/RevistaJuridica/v.24,n.1,ago.-dez.2022.148-174>. DOI:<https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2022.v.2-p.138-164>.

da vida prática pode invocar o direito a uma derrogação para si mesma; na verdade, deve mostrar como sua busca pelo bem humano se encaixa no raciocínio prático geral.

O raciocínio prático em sua plenitude começa quando o objetivo a ser perseguido é definido²⁶ e termina quando, considerando todas as coisas, a ação mais adequada para alcançá-lo é determinada. Entre o início e o fim, podem intervir diferentes sujeitos com diferentes funções, de modo que o fluxo contínuo do raciocínio pode ser dividido em seções dotadas de relativa autonomia que funcionam como pressupostos para as fases subsequentes. O raciocínio jurídico pode ser considerado como uma dessas seções, dotado de restrições internas específicas. Porém, o titular principal é sempre aquele cuja ação está envolvida, de modo que as fases anteriores são compreendidas e julgadas apenas em vista desta conclusão do raciocínio prático.

Não posso me estender mais sobre a natureza da razão prática, cujo último grande teórico é Tomás de Aquino, enquanto ela foi gradualmente se obscurecendo na Escolástica. O que é importante é a emergência da centralidade da *agência*, que se desenvolve de acordo com esta sequência: um estado de coisas é concebido como *bom* e, portanto, torna-se objeto da vontade e, portanto, também o *fim* da ação, que por sua vez dita as regras ou *normas* que orientam a ação para sua realização ideal. Como se vê, agora o foco não é mais a regra a ser obedecida, mas o bem a ser feito²⁷. A lei moral deve aprender a usar mais a linguagem do bem do que a da regra. Agora o grande problema não é mais o de fundar normas, mas de justificar as ações. Assim como pode haver normas infundadas, também pode haver ações injustificadas. Agora, o ponto de partida não é mais uma norma, seja direito positivo ou direito natural, mas a bondade ou não de um estado de coisas, que põe em movimento a sequência do raciocínio prático. De fato, em regime de pluralismo ético, há discordância em torno dessa avaliação. É precisamente por isso que a deliberação é necessária.

No caso do direito e da política, essa deliberação ocorre no discurso público e tem características particulares que a distinguem do discurso descontextualizado e puramente racional. Para que esta deliberação pública, que tem lugar nas praças das cidades, na sociedade civil e nos locais oficiais da vida institucional e política, seja possível, é necessário que o regime do pluralismo ético não exclua certa comunhão ética. Se ele o excluísse em

²⁶ - Para Aristóteles o julgamento do fim já é um agir. Cfr. J. Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Clarendon Press, Oxford 1983, p.1.

²⁷ - F. Viola, *Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo*, in "Ragion pratica", 1, 1993, 1, pp.61-81.

princípio, então uma comunidade política seria impossível e haveria apenas tribos vivendo lado a lado em um estado de conflito perpétuo e compromisso perpétuo. De fato, muitos pensam que o pluralismo ético está em contraste endêmico com a ideia da possibilidade de um bem comum e, certamente, muitas vezes se gostaria de praticá-lo dessa maneira com o resultado da desintegração progressiva do tecido político, que é já diante de nossos olhos.

Na realidade, precisamos saber buscar aquela comunhão que o pluralismo ético ainda permite sobreviver e, sobretudo, não perder a confiança para encontrá-la. Obviamente, ela não deve ser buscada na comunalidade das normas ou nos conteúdos éticos que especificam uma ação. Isso é precisamente o que o pluralismo ético varreu. Deve ser buscada em horizontes comuns de bem e em um senso comum de injustiça.

Do ponto de vista prático, podemos ver que, apesar do amplo desacordo sobre o que é bom ou certo fazer, existe um certo acordo sobre o que é mau ou injusto. Todos concordam que o Holocausto não é bom e louvável, que a ignorância é ruim, que é melhor cooperar do que brigar. A lista pode ser muito longa. Há um amplo consenso sobre a injustiça que falta à justiça. Certamente as razões que se aduzem podem ser muito diversas e conflitantes, mas o acordo prático é indubitável e é dele que deve partir o diálogo no regime de pluralismo. Precisamente sobre esta base pragmática é possível construir uma convivência em regime de pluralismo que não seja um mero *modus vivendi*, mas que implique uma certa comunhão de valores. De fato, em uma inspeção mais detalhada, o acordo sobre a injustiça requer, até certo ponto, um acordo sobre a justiça com essa diferença: enquanto o acordo sobre a injustiça se refere a comportamentos específicos, o acordo sobre a justiça, nele implícito, se refere a princípios mais gerais ou horizontes gerais de valores. Enquanto a justiça do homicídio do inocente diz respeito a uma ação bem definida, o reconhecimento do direito à vida visa um conjunto de condutas indeterminadas. Se depois quisermos esclarecer quais comportamentos respeitam o direito à vida e quais o violam, então o desacordo reaparece em toda a sua virulência. No entanto, podemos dizer que o dissenso não é absoluto, pois há, sem dúvida, modos de agir e regras que gozam de amplo consenso. Precisamente sobre esta base foi construída aquela ética dos direitos que constitui hoje, de certa forma, uma moralidade comum e ao mesmo tempo altamente controversa na era do pluralismo. Mas trata-se de uma moral sempre em construção e nunca definitiva em suas posições últimas. Como notou Walzer, nas democracias ninguém pode alegar ter a última palavra no campo ético.

Mais do que uma moralidade, é uma esfera pública de discurso moral em que os participantes, sem preconceitos e exclusões a priori, devem mostrar e poder mostrar que suas

razões são mais capazes de concretizar e respeitar esses horizontes nos problemas mais específicos. De bem que todos nós habitamos. Devemos mais uma vez implementar a estratégia de diálogo de Tomás de Aquino, que discutiu com os hereges com base na semelhança do Antigo e do Novo Testamento, com os judeus com base no Antigo Testamento, com os árabes com base na metafísica. Com o secularismo contemporâneo, que rejeita todas essas bases de diálogo, em que ponto comum poderíamos nos encontrar? Agora não resta nada além da razão humana, que, no entanto, não é pouca coisa se o que Tomás de Aquino diz é verdade:

Portanto, o que é contrário à ordem da razão é propriamente contrário à natureza do homem como tal; ao contrário, o que é conforme à razão é conveniente à natureza do homem como tal [...] Bom para o homem é ser segundo a razão, e mau para o homem é ser diferente da razão. Portanto, a virtude humana, que torna um homem bom, e o trabalho que ele faz bom, é na medida em que está de acordo com a natureza humana, na medida em que concorda com a razão: o vício, porém, é contrário à natureza humana. , na medida em que é contrário à ordem da razão²⁸

Sabemos também que o uso da razão prática requer o exercício das virtudes intelectuais e morais. Deste ponto de vista cabe a tarefa de testemunhar no caminho da busca da verdade em comum diante de um mundo infestado pelo dogmatismo das reivindicações absolutas e das liberdades ilimitadas, pela ausência da capacidade crítica da razão para aproveitar um conformismo generalizado, da incapacidade de ouvir as razões do outro e de saber apresentar as suas em forma respeitosa e imparcial. Uma lei sem verdade²⁹ ou uma lei apoiada na razão é mais alienante? E é possível concordar em usar a razão sem admitir uma verdade e um bem?

A partir dessas considerações, pode-se estabelecer um claro contraste entre as doutrinas que veem a vida social e política como o lugar da mera coexistência entre diferentes concepções de verdade e de bem, que não dialogam entre si e se apoiam no braço da maioria, e concepções que, por outro lado, o entendem como um diálogo aberto, no qual cada um é portador de sua própria opinião e ponto de vista, mas está disposto a modificá-los, pelo menos até certo ponto, para a vantagem de uma visão comum, fruto de uma busca comum do bem.

Pode-se afirmar que a tradição cristã do direito natural pertence a este último, mas com a condição de renunciar desde o início a se apresentar como um catálogo já pré-

²⁸ - *Summa theologiae*, I-II, 71, 2c (minha ênfase).

²⁹ - A. Pintore, *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Torino 1996.

estabelecido de normas morais e participar da busca comum do bem, juntamente com todas as outras concepções semelhantes, ou seja, aquelas que rejeitam o voluntarismo para o qual não há diálogo possível.

A lei da razão não é um código moral, mas um programa de pesquisa dos melhores argumentos para fazer valer o bem comum. Nesse sentido, olhando mais de perto, a questão não é mais se existe ou não uma lei natural ou o que é justo (*id quod iustum est*), mas o que realmente é ou deveria ser. No entanto, no conflito de interpretações e argumentos não devemos perder de vista o objetivo final que é a salvaguarda do humanum em toda a sua amplitude de expressão e isso só é possível se a ciência prática se tornar sabedoria de vida, redescobrimo a sua inspiração original que em última análise, ainda hoje repousa na *verdadeira filosofia* à qual Ulpiano apelou. O “novo humanismo” seria, assim, a retomada de um caminho interrompido.