

NORMA E CONSENSO: UMA LEITURA CRÍTICA DOS CRITÉRIOS QUE REALIZAM O DIREITO

Danilo Miranda Ribeiro ¹
Georgecohama Duclerc Almeida Archanjo ²

RESUMO

Este artigo busca trazer uma releitura crítica dos aspectos que consagram legitimidade ao direito, com o escopo de mostrar que o direito deve ser entendido sempre com uma perspectiva questionadora e ativa. Do ponto de vista epistemológico, esta pesquisa reclama uma investigação interdisciplinar, pelo que a reflexão será fomentada pela filosofia do direito, ciência política e filosofia. Através de revisão bibliográfica, serão levantadas questões sobre quais os fundamentos estão a autorizar a violência jurídica e a hipótese deles se justificarem, caso estejam a cumprir suas finalidades. Em primeiro momento, o objetivo será uma discussão de qual função o direito estaria a cumprir perante as necessidades da sociedade. Em sequência, será abordada a questão da segurança, burocracia e sanção, com o objetivo de refletir sobre alguma das razões que podem ser evocada para obedecer ao direito. Por último, far-se-á uma reflexão sobre o vínculo que a justiça pode ter com o direito, como o último e mais importante fundamento da ordem jurídica.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Violência. Justiça

1 INTRODUÇÃO

A natureza do direito, seus clamores e o respeito devotado a ele, são algum dos ramos a serem estudados pelos filósofos do direito. São pretensões no sentido de explicar quais as necessidades e desarranjos próprios à sociedade e de que forma o direito atenderia às referidas demandas. Isto, para entender e caracterizar a atividade jurídica perante a sociedade.

Por certo, a imagem delineada irá mudar conforme o contexto em que se desejar manter a discussão. O objetivo do estudo pode se referir às funções que todos os sistemas jurídicos devem ter para que sejam assim identificados, se restringir apenas às funções que determinados sistemas jurídicos ostentem ou, por uma perspectiva empírica, descrever qual a função social de certo ordenamento jurídico e quais seus meios de concretização.

¹ Estudante do curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e bolsista PIBIC pela FAPESB. E-mail: danilo25br@gmail.com

² Professor de Filosofia do Direito da UCSal e Orientador. Graduado em Direito, Educação Física e Filosofia, mestre em Ciências Sociais pela UFBA, procurador aposentado da UNEB, advogado. E-mail: ocohama@uol.com.br.

Ao tentar caracterizar a atividade jurídica, as pesquisas se concentram, normalmente, apenas no aspecto mais geral: tanto da função desempenhada pelo direito quanto dos interesses da sociedade a serem satisfeitos. E, com a visão mais ampla sobre a sociedade, é possível extrair a função do direito em diminuir o desacordo entre as pessoas. Importante registrar que cada acontecimento é único, como tudo que se manifesta no mundo da vida, pois “todo fato histórico ou sociológico é uma singularidade; [...] não existem verdades gerais, trans-históricas” (VEYNE, 2011, p. 23), porém, por vivemos em sociedade, é inexorável que alguns fenômenos tenham características comuns.

Os seres humanos têm, ao mesmo tempo, desejos para alcançar determinados objetos, capacidade de decisão para alcançar os fins buscados e a possibilidade de planejar o curso da ação para o futuro, no campo público e privado. Ante a alta probabilidade dos desejos dos integrantes de uma sociedade vir a serem conflitantes, no futuro terá que se enfrentar questões que irão reclamar decisões destinadas à coletividade, para resolver os conflitos. Portanto, a comunidade necessita de uma ferramenta que solucione os problemas de cunho moral e de desejos conflitantes, que podem ocorrer em grande escala e seriedade, com meios de resolução complexos, dispendiosos ou arbitrários.

2 SEGURANÇA E PROCEDIMENTO

Por sermos seres de desejo, nós (seres-humanos) buscamos o prazer e fugimos da dor. A razão possui importante função, não como força motriz, mas como guia, indicando os caminhos e meios apropriados para que alcancemos a alegria e nos distanciemos da tristeza. “A razão é, e deve ser, apenas a escrava das paixões e não pode aspirar a outra função além de servir e obedecer a elas” (HUME, 2002, p. 451).

Segundo Hobbes (1999), não por uma solução racional de como melhor gerir os recursos que se pactuou, decidiu viver em sociedade e formar o Estado, mas por medo da morte violenta, foi com o escopo de garantir a segurança que se abdicou da liberdade e o Estado foi fundado. O estado de natureza é encarado como pretérito ao Estado organizado. Nesse estado de natureza, o ser humano vivia estritamente de acordo com seus apetites, buscando sempre a preservação de sua vida. Para aumentar seu prazer e garantir a continuidade de sua vida o sujeito fazia o que lhe apetecia, já que não haviam regras (Hart), o que desaguava em um estado de guerra.

Neste estado de insatisfação, onde o homem não se contenta só com a sua conservação, vivendo constantemente desconfiado do outro, pois há uma tendência de todos aspirando ao poder, obrigando-se a dominar os demais,

apoderando-se dos seus bens, vive-se a condição natural da humanidade descrita por Hobbes. (WOLLMANN, 1993, p. 39).

Faz sentido pensar no estado de natureza como uma condição anterior às sociedades organizadas, porém, mais do que um livro de história que tenta explicar o surgimento do Estado, o conhecido livro de Hobbes (1999), “O Leviatã”, pode ser interpretado como uma advertência. O estado de natureza seria um experimento mental sobre quais as consequências de não ter instituições capazes de conter as pulsões dos sujeitos.

Nessa perspectiva, o Estado e as diversas instituições, tem o dever de institucionalizar os conflitos e compatibilizar o sujeito à vida em sociedade. Essa adequação acontece de forma visível e concreta a exemplo do Direito Penal, a ponta de lança do Estado de Direito, que tenta refrear, dissuadir ou reprimir condutas reprováveis ao aplicar sanções.

Assim surgiu um conceito rudimentar de delito: um ato, isto é, um fato voluntário do homem prejudicial à ordem social e por isso reprimido com a pena e com restituição. (...) A evolução do ordenamento jurídico está, precisamente, no sentido do emprego da pena a fim de reprimir uma variedade cada vez maior das chamadas condutas antissociais (CARNELUTTI, 2015, p. 48).

O direito, dessa forma, liga a possibilidade de exercer sua violência com o cumprimento de uma função social: prover segurança. Assim, o sentimento de insegurança parece ser fundamental na aquiescência às regras, pois, é o que fará o balanço pulsional pender para o lado da obediência e aceitar a agressividade levantada contra toda iniciativa individual que não se adeque às regras impostas verticalmente. Todavia, há outro motivo que torna a obediência de forma, talvez, até mais evidente: a burocracia ou uma aparente democracia.

Este processo argumentativo que condiciona a validade de uma norma à procedimentalidade, que seria concedida aos segmentos de legitimação, pode ser entendido como uma forma de encobrir os processos arbitrários que fundam as normas. Os processos de legitimação mais satisfatórios são aqueles que fazem com que o dominado encare com naturalidade os fundamentos arbitrários que sustentam o dominante no poder. Se há todo um aparato burocrático que leve os realizadores da norma parecerem imparciais e comprometidos com o bem comum,

Assim, a força não pode se afirmar como tal, como violência sem rodeios, arbitrária, que é o que ela é, sem justificação; e é um fato incontestado que ela só consegue se perpetuar sob as roupagens do direito, fazendo com que a dominação somente consiga se impor de maneira durável na medida em que logra obter o reconhecimento, que não é outra coisa senão o desconhecimento do arbitrário de seu princípio (BOURDIEU, 2001, p. 127).

Assim, a tese seria que a autorização, consenso garantido às normas jurídicas pelos indivíduos surge em razão da promessa de segurança e dos procedimentos burocráticos legislativos. Acontece que a maior parte das pessoas não sabem quais projetos legislativos estão a correr no congresso ou qual o procedimento para fazer uma lei. O aspecto da burocracia parece estar em boa posição, já que se reconhece a lei pela sua fonte de emissão na maioria dos Estados democráticos, porém, todo governo que está foi, em sua origem, fruto de um golpe, com suas leis portando eficácia, mesmo sem vigência. Assim, será a burocracia um fator determinante para a legitimidade?

Em relação à segurança, muito dos Estados não conseguem cumprir sua função. No Brasil, os índices de violência beiram os de uma guerra e as pessoas não acreditam muito no poder policial. Nestes termos, haveria como devotar a legitimidade das leis à segurança?

3 DIREITO E COERÇÃO

Há uma terceira ideia, compartilhada por John Austin (1995) e outros pensadores, no sentido de que a autoridade do direito estaria fincada nas ameaças e sanções que acompanham as normas.

Conforme J. Austin (1995), as regras jurídicas são compostas por comandos emitidos pela autoridade e destinados aos seus súditos. As regras jurídicas podem ser reconhecidas por comandos ou mandamentos, que são resultado da exposição de desejos que são qualificados de forma especial, pois exigem que se realize algum comportamento positivo ou omissivo (abstenção), com uma conseqüente ameaça que exista algum dano, no caso de haver desobediência. Assim, pode-se fazer a seguinte inferência: no caso de existir um comando, que é um “mandar”, sem haver qualquer possibilidade ética do indivíduo se recusar, sem faculdade, se houver desobediência ocorrerá um dano, como uma resposta pelo comportamento negativo.

Anteriormente, se argumentou que a racionalidade do direito é direcionada à diminuição dos desacordos que existem entre os membros da comunidade jurídica. E claro, para o direito cumprir sua função tem que fazer uma diferença prática na vida das pessoas, já que está a suprir uma zona cinzenta do modo correto de agir, própria às sociedades. Para tanto, defende-se que o direito reclama, necessariamente, autoridade. Com isso não se está defendendo que ele sempre preencherá os requisitos para ser reconhecido como legítimo ou justo, mas que ele sempre reclamará obediência, sejam quais forem as razões em contrário do indivíduo, com o fim de cumprir sua função.

De nada adiantaria formar um plano que, no dia seguinte, não fosse acolhido e sobreposto por novas deliberações ou a imposição de uma razão excludente que não tivesse primazia sobre a ação do indivíduo. Se o direito não for seguido, os planos serão inutilizados e as razões ignoradas, o que estaria a fulminar a primeira função do direito em resolver os conflitos da sociedade, pois não estaria a servir de orientação para a vida dos membros da comunidade e não seria capaz de mitigar a possibilidade de se fazer um juízo individual sobre o agir correto, o que não diminuiria os desacordos.

Ter autoridade é ser capaz de impor uma diretriz e exigir que os comportamentos subsequentes sejam correspondentes a ela, excluindo todas as razões que não estiverem de acordo com o direito (RAZ, 2009, p. 33). Portanto, o direito sempre estaria a pedir por autoridade para que sua função fosse alcançada, independente das razões em contrário ou da existência de boas razões para conceder o que ele reivindica e o modo de alcançar essa autoridade seria a sanção.

No entanto, nem tudo que o direito exara tem como consequência uma possível ameaça, como uma norma que concede determinado poder a um agente ou permite a realização de algum contrato. Ademais, mesmo nos casos em que existir uma sanção, mas ela for extremamente improvável ou irrelevante, permanece a ideia de existir uma obrigação jurídica, a exemplo de um governo que não fiscalize o pagamento dos impostos e a multa ser tão irrelevante que incentive a prática em contrariedade ao direito, ainda assim, seria correto dizer que essa pessoa tinha a obrigação de pagar os impostos, como defendido por Herbert L. A. Hart (2009, P. 109-110). Logo, poderia ser arguido que o direito justifica a mera força, mas não o contrário.

4 VINCULO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA

Desta maneira, a legitimidade que o Direito aparenta não poder ser explicada pelos procedimentos ou pela promessa de segurança que suas regras pressupõem. Seria então possível cogitar que a autorização da violência jurídica se guia por uma questão fundamental e antiga: o que é a justiça? Desta forma, o Direito não pode ser resumido em uma perspectiva de soluções, pois a justiça é *a priori* a sua base estrutural, “o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça.” (RADBRUCH, 2010, p. 46).

Enquanto um dever-ser, o Direito pode apresentar um mundo que não comporta fissuras, tudo nele pode ser justo e adequado, porém, nem sempre a retórica abarca a prática.

Este trabalho busca fazer uma reflexão sobre uma realidade que inegavelmente interpela a comunidade jurídica: a discriminação social.

A segregação das pessoas em razão de características sociais, fonte de desigualdade dos sujeitos perante a lei ou seus pares, é um problema que atinge frontalmente a justiça, ponto central do Direito. O equilíbrio, a igualdade na distribuição dos ônus e dos bônus surge como a realização do princípio da justiça e a violação à isonomia encontra inevitável reprovação no bojo de um ordenamento jurídico justo.

Onde há discriminação social não há justiça e a recíproca é verdadeira. Por isso os atos discriminatórios surgem como um grande problema a ser enfrentado pelo Direito, por isso causam tanta indignação, acalorando as vozes daqueles que buscam uma sociedade melhor. Em tom professoral, Ulpiano, em suas magistrais lições no Digesto, formula conhecida definição de justiça:

A justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu. Os preceitos do direito são os seguintes: viver honestamente, não prejudicar outrem, atribuir a cada um o seu. A jurisprudência é a ciência do justo e do injusto, baseada num conhecimento das coisas divinas e humanas (GILISSEN, 2001, p. 98).

Portanto, se houver verdade no brocardo *ubi societas, ibi jus*, uma vez que o Direito se move, inexoravelmente, ao encontro do que é justo, a sociedade não pode conviver com a ideia fatalmente injusta da discriminação social.

No entanto, há certa divergência nessa vinculação entre justiça e direito, com o escopo de aplicar a violência. O caminho de buscar na filosofia do direito uma resposta ao fundamento da autoridade jurídica não se mostra muito auspicioso. Tanto a tese do direito natural quanto do direito positivo só pode oferecer algum projeto crítico no caso de existir um critério de julgamento exterior, o que elas não oferecem. Conforme a leitura de Benjamin (1986, p. 161), existe um dogma fundamental: o direito natural justifica seus meios em razão da justiça de seus fins, enquanto o direito positivo encontra a justiça de seus fins pela justificação de seus meios. Nos dois casos há uma interdependência entre meios justificados e justiça dos fins, sem existir um critério de avaliação adequado.

Por si, o direito natural é incapaz de exercer uma crítica de seus fins, vez que seu olhar se lança sobre a capacidade de justificar seus meios à obtenção dos fins justos. Por sua vez, o direito positivo não alcança uma avaliação dos seus meios, vez que busca fins justos conforme a justificação de seus meios. Em ambos os casos o princípio que formará a avaliação é pressuposto como aceitável: no primeiro caso a justiça dos fins e no segundo a

justificação dos meios. Isto já lança a primeira dificuldade, pois não há uma crítica efetiva sobre os fins no direito natural ou sobre os meios no direito positivo.

O outro ponto problemático é consequência do direito natural usar como único meio de avaliação dos meios empregados os seus fins e o direito positivo tomar em conta apenas seus meios para pensar a justiça dos fins. Toda essa ideia se mostraria vítima de um impasse no caso de existir a frustração do dogma fundamental, em que a relação entre fins justos e meios justificados se tornasse incompatível, havendo emprego de meios injustificados para se chegar a fins justos ou de se chegar a fins injustos através de meios justificados. Na letra de Benjamin:

A antinomia se revelaria insolúvel, se o pressuposto dogmático comum fosse falso, se meios legítimos de um lado e fins justos do outro lado estivessem numa contradição inconciliável. Sua compreensão não seria possível sem sair do círculo, estabelecendo critérios independentes para fins justos e para fins legítimos. (BENJAMIN, 1986, p. 161).

Portanto, uma crítica da autoridade do direito a partir da avaliação dos meios empregados, conforme o direito natural, ou dos fins almejados, pelo direito positivo, se mostra infrutífera, ante a visão limitada que ambas as teses oferecem. Primeiro, por terem que pressupor a justiça dos fins ou justificação dos meios sem um critério de julgamento independente e, em segundo, por terem que levar em consideração o referido dogma fundamental.

5 REPENSANDO O PAPEL DA FILOSOFIA DO DIREITO

Há ainda uma razão mais simples para boa parte da filosofia do direito ser infrutífera ao intento de buscar uma resposta à questão lançada. A teoria do direito, em especial a tradição anglo-saxônica, foi construída a partir do debate com H. L. A. Hart (2009), que se tornou o idioma comum ao traçar uma resposta à seguinte pergunta: o que é o direito?

Longo no prefácio de sua maior obra, Hart coloca suas ideias no campo da “[...] filosofia analítica do direito, já que seu objetivo é elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico e não fazer uma crítica do direito ou das políticas legislativas” (2009, p. 9). Em razão das ideias estarem alocadas no campo da filosofia analítica, não há qualquer tentativa de propor algo ou fazer uma crítica, o objetivo será apenas descrever o objetivo sem realizar juízo de valor sobre o que se observa, sem que seja preciso concordar com aquilo que se está a descrever, à maneira de uma descrição neutra.

Outro grande expoente da filosofia do direito é Hans Kelsen, que encontra total reconhecimento nas escolas de direito através de sua obra “Teoria Pura do Direito”. Neste

livro, em seu terceiro capítulo, Kelsen deixa claro que à ciência jurídica só cabe interpretar o direito do ponto de vista jurídico, ou seja, interpretar todos os fatos como fruto do direito, com alguma significação jurídica (1998, p. 61), o que exclui qualquer ponto de vista fora do direito, logo, qualquer crítica. O posicionamento é de que a ciência jurídica deve sempre se manter no campo do dever-ser jurídico, pois “A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for”. (KELSEN, 1998, p. 63).

Tanto Hart quanto Kelsen utilizam de uma posição valorativamente neutra em contato com o objeto de estudo. Ambos os autores se mantêm inseridos no dever-ser jurídico, o que exclui qualquer crítica à finalidade do direito, pois questionar a finalidade do dever imposto pelo direito fulmina a juridicidade do “tu deves” (Pachukanis, 2017, p. 70). O que há nesse ramo da teoria do direito é uma eterna ligação com o dever-ser jurídico e uma impossibilidade metodológica de exercer uma crítica (descrição neutra).

Uma teoria geral do direito que não pretende explicar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com a normal, não se interessando nem por sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir à teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo. Por isso, podemos dizer, usando uma expressão vulgar, que “desse mato não sai coelho”. (PACHUKANIS, 2017, p. 71).

Esta breve introdução se justifica tanto para transmitir a pretensão/aspecto crítico da presente investigação quanto para justificar a ausência do debate com a corrente de pensamento com maior visibilidade nas discussões atuais da filosofia do direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito é entendido como um lugar de fala essencial e de muito respeito em nossa sociedade. Porém, perguntar por suas justificativas é uma questão totalmente essencial em uma sociedade de consenso. Entender quais as bases do ordenamento jurídico é, também, entender quais rumos aquele ordenamento deve ter perante a sociedade que está a organizar.

Se o direito é apenas “ser” ele perde seu caráter de abstração, mas, também, estaria a perder seu caráter de sonho, na perspectiva de uma sociedade melhor, daquele ideal de local

para se viver bem. Porém, ao se desvincular do “ser” acaba por existir um ordenamento que não traz o sonho à realidade, que não fornece a boa vida às pessoas que só possui vigência, sem qualquer eficácia.

A legitimidade é um fator incontestável na maioria dos Estados atuais, que são democráticas. Assim, poderia se arguir que não razão de se insatisfazer com o governo, pois o revoltoso é um participante e subscreve a situação burocrática. Porém, exatamente por ter a qualidade retórica de participe deve manter a pergunta sobre qual o motivo da autoridade se manter no poder sobre a sua vida e se isso é a melhor possibilidade dentro de todas as outras. Foi com o objetivo de fomentar essa pergunta que cada palavra foi posta neste estudo.

REFERÊNCIAS

Austin, J. **The Province of Jurisprudence Determined (1832)**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações pascalianas**. Tradução de Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. São Paulo: Editora Pilares, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HUME, D. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Serafim da Silva Fontes. Portugal: Ed. Serviço de Educação e Bolsas; Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Antonio Amado, 2010.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.

VEYNE, Paul. **Foucault: seu pensamento, sua pessoa**. Tradução de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

WOLLMANN, Sérgio. **O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993.