

# RACIONALIDADE MORAL E A VIRADA LINGUÍSTICO-LITERÁRIA (*LITERARY LINGUISTIC TURN*): REPENSANDO O CAMINHO PARA A COORIGINARIEDADE ENTRE DIREITO E MORAL NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

## MORAL RATIONALITY AND LITERARY LINGUISTIC TURN: RETHINKING THE WAY TO THE CO-ORIGINALITY BETWEEN LAW AND MORALITY IN CONTEMPORARY DEMOCRACIES

Carlos Alberto Simões de Tomaz\*

### RESUMO

Sob uma abordagem lógico-dedutiva, o artigo analisa a construção da racionalidade moral desde os discursos do monismo e do pluralismo jurídico. Na manifestação do discurso jurídico contemporâneo, privilegia a contribuição da virada linguístico-literária, apostando, enfim, numa cooriginariedade entre o direito e a moral, voltada para a realização do homem em sua acepção mais ampla de dignidade, o *homo humanus* do direito, projeto do direito e da própria democracia.

**Palavras-chave:** Direito; Moral; Cooriginariedade; Racionalidade; Virada linguístico-literária; Democracia.

### ABSTRACT

Under a logical-deductive approach, the article analyzes the construction of moral rationality from the discourses of monism and legal pluralism, where, in the manifestation of contemporary legal discourse, the contribution of the *literary linguistic turn* is privileged in order to betting, finally, on a co-originality between law and moral aimed at the realization of man in its broadest sense of dignity, the *homo humanus* of law, who is project of the law and democracy itself.

---

\* Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Professor da Universidade Vila Velha/ES. Magistrado. E-mail: ca.tomaz@uol.com.br

**Keywords:** Law; Moral; Co-originality; Rationality; *Literary linguistic turn*; Democracy.

## INTRODUÇÃO

O fundamento moral de decisões, seja na esfera política ou na esfera jurídica, tem sido objeto de constante preocupação e questionamento aqui, na experiência democrática brasileira, como lá fora, onde quer que se cogite de uma vivência, ainda que mínima, de um Estado de Direito.

Todavia, a relação entre direito e moral não é assunto recente e esteve a merecer a preocupação de filósofos e jusfilósofos desde a antiguidade clássica. Inicialmente voltada para a compreensão de um ideal de vida feliz, mais tarde de utilidade no usufruto de bens e depois como racionalidade pública, à guisa de pautar as condutas no espaço público como exigência da experiência democrática.

Neste artigo, a partir de uma abordagem lógica-dedutiva alavancada a partir de uma revisão literária sobre o tema, nossa preocupação volta-se para a racionalidade jurídica. Se o exercício da jurisdição deve buscar respostas corretamente justificadas para a resolução dos litígios, avulta-se como postulado da vivência do Estado Democrático de Direito que o discurso jurídico – não diferentemente, é claro, do discurso político – apresente fundamento ético. Significa dizer, desde aí, que o fundamento ético do direito deve estar presente tanto no momento da criação quanto no da aplicação normativas, não se podendo a esta altura da experiência estatal admitir que o direito esteja desvinculado da moral, o que se percebe quando muito ainda é verbalizado no sentido de que nem tudo que é direito é moral.

O artigo aposta, portanto, na cooriginariedade entre direito e moral e, para tanto, procede a um exame do apelo à moral no monismo e no pluralismo jurídico para, na sequência, apontar elementos essenciais na construção do fundamento ético do discurso jurídico contemporâneo. Posteriormente, a contribuição da virada linguístico-literária (*literary linguistic turn*) para a racionalidade jurídica é apresentada como uma via – dentre tantas outras – para validar a cooriginariedade entre o direito e a moral. Em conclusão, o artigo questiona a relevância da compreensão da racionalidade moral, tanto para os juristas teóricos quanto para os juristas práticos, para quem, sustenta, investigações que tais – vale dizer: que reavivem a questão moral do direito – não devem valer apenas como mera informação, mas constituir-se atividade rotineira na experiência jurídica cotidiana, sobretudo quando ela se depara com questões complexas, que exponham desacordos morais razoáveis em que valores comunitários devem ser sopesados sob o prisma de uma racionalidade moral a ser alcançada com prudência, sob o veio condutor de uma compreensão comprometida com projeto que se volte para a realização do homem, em sua acepção mais ampla de dignidade, o próprio *homo humanus* do Direito.

**ALGUNS ELEMENTOS DE PRÉ-COMPREENSÃO: O APELO À MORAL NO MONISMO E NO PLURALISMO JURÍDICO**

A passagem do *estado de natureza* ao *estado de direito* processou-se a partir de um elemento comum: uma ordem normativa que se referisse ao cotidiano, às mais variadas relações sociais, a uma racionalidade ditada pelo monopólio do Estado na criação e aplicação do direito. De fato, esse lento processo de mudança crivou-se a partir da formação do Estado Moderno, no qual “a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar, aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária”<sup>1</sup>.

Esse monopólio projetou-se, também, segundo faz ver Bobbio<sup>2</sup>, na aplicação do direito, na medida em que, agora, o juiz não mais poderia decidir as controvérsias a partir das regras de costume, ou ainda com base naquelas elaboradas pelos juristas ou de acordo com critérios equitativos, segundo princípios da razão natural. Deixava, portanto, de ser um livre órgão da sociedade para se tornar um órgão do Estado, solucionando as controvérsias de conformidade com os critérios estabelecidos pelo legislador, fazendo emergir, desde aí, a pugna entre direito natural e direito positivo.

Pensar numa *natureza racional* projetada a partir de uma *natureza instintiva ou natural* requer que se considere inevitavelmente a existência de um caminho, uma metodologia que permita assegurar os passos no sentido dessa racionalidade. Esse caminho permite apontar para duas fronteiras conceituais por onde passam os problemas que envolvem a ciência do direito nas democracias contemporâneas: o monismo e o pluralismo jurídico.

O monismo jurídico parte do pressuposto de que o direito é aquele criado ou chancelado (no caso de normas consuetudinárias ou direito natural)<sup>3</sup> e aplicado exclusivamente pelo Estado. Podemos, então, falar de um direito oficial, que é posto pelos homens em decorrência de uma convenção, de um contrato, de um pacto social, seja qual for a origem desse (violenta ou contratual), e se contrapõe àquele direito que decorre da natureza e que “prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 29.

existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros<sup>74</sup>. Essa dicotomia entre direito natural e direito positivo, que se arrasta desde a antiguidade clássica, está a merecer, contemporaneamente, uma atenção maior da parte dos juristas, com vista a uma melhor compreensão do fenômeno jurídico e da própria democracia.

Nesse contexto, Barzotto faz ver que, desde as sociedades pré-modernas (período clássico), o ser humano é definido a partir de sua inserção social (*zoon politikon, animale sociale*), mostrando-se decisivo determinar como devem ser reguladas suas relações com os outros membros da sociedade, avultando-se, desde aí, a relevância do conceito de justiça que consiste em atribuir a cada um o que lhe é devido. De tal sorte, o indivíduo deve atribuir à sociedade o que é necessário para que ela alcance o seu bem (bem comum), e a sociedade deve atribuir ao indivíduo o que é necessário para que este alcance o seu bem (vida boa, felicidade). A justiça deriva, nessa tessitura, da necessidade social de determinar, em situações concretas, quais são as condutas necessárias para equilibrar o bem natural da sociedade (composta por indivíduos) e o bem natural do indivíduo (animal social). A partir daí, o professor gaúcho aponta para a circunstância de que:

Quando o jusnaturalismo moderno propõe uma teoria da sociedade que parte não da comunidade, mas do indivíduo isolado no estado de natureza, ele é compelido a determinar até onde pode ir o arbítrio individual sem que o convívio social degenere em conflito aberto. A Lei Natural, estabelecida pela razão, passa a ser vista como limite necessário que constitui uma esfera de ação para cada indivíduo imune à interferência alheia. Essa esfera constitui um direito subjetivo natural. O Direito Natural é desse modo, o conjunto das leis naturais que disciplinam a liberdade de indivíduos entendidos como *mônadas autossuficientes* (Marx) por meio da outorga de direitos naturais. Ao lado do Direito Natural, oriundo da razão, tem-se o direito positivo, oriundo da vontade<sup>5</sup>.

Efetivamente, no jusnaturalismo moderno, o processo de racionalização do direito “aponta para uma maior sistematização lógica e dedutiva do pensamento jurídico; contudo não faz o discurso jurídico abandonar as questões típicas da ética, tais como as noções de justiça, de liberdade, de bem-estar geral, de vontade, onde o Direito e a ética não se excluem mutuamente”. De fato, a configuração

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 17.

<sup>5</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 643.

do jurídico a partir de qualquer proposta racional não se desvincula, hodiernamente, de um apelo às questões éticas. E é por isso que Pepe prossegue afirmando que “o mundo jurídico tornou-se cada vez mais técnico, mais operacional no sentido de manejar tão somente com elementos da racionalidade técnico-instrumental, onde os juristas se autodenominam de ‘operadores do Direito’, termos típicos da linguagem moral continuam atravessando a prática discursiva dos que legislam, dos que aplicam e dos que ensinam o Direito”<sup>6</sup>. Esse apelo, todavia, nem sempre está voltado para a realização da justiça através da experiência jurídica, seja no momento da criação, seja no momento da aplicação. No mais das vezes, o recurso a argumentos éticos, valorativos ou, enfim, filosóficos revela uma apropriação indevida de tais argumentos, adrede e estrategicamente voltada à satisfação de certos fins à guisa de satisfazer as exigências de justificação do mundo da vida, como lembra ainda, com muita razão, Pêpe<sup>7</sup>.

Nessa contextura, tem razão Barzotto quando lembra que “a modernidade [também, se se quiser, a pós-modernidade] caracteriza-se pelo predomínio de ações estratégicas (Weber, Habermas). Isto é, a conduta dos indivíduos está voltada para a escolha dos meios mais eficientes para a obtenção dos fins, especialmente em dois planos: economia e política”<sup>8</sup>. Parece, efetivamente, que a distinção do bem e do mal, do justo e do injusto se torna instrumental a ser, portanto, validado por um procedimento que será legítimo se o fim preconizado for atingido. A questão agudiza-se quando se percebe que não está em causa escolha de valores. Quando não há temperança. E, num mundo de seis bilhões de habitantes, pode-se falar disso? Não é preferível, nesta sociedade hipercomplexa e contingente, correr o risco de um retorno ao estado de natureza, a uma autoridade moral e politicamente totalitária? Talvez seja por isso que o mestre gaúcho apresente uma visão tão cética, conquanto realista, do contrato social, divisando que “o indivíduo, como agente social, está engajado na tarefa de maximizar sua posse de riqueza e poder. O Direito deve se apresentar como instrumento oportuno para a obtenção desses fins”. Daí professar que o jusnaturalismo moderno

---

<sup>6</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10-11, passim.

<sup>7</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10-11.

<sup>8</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 644.

(...) vai propor uma teoria do Direito que *naturalize* a busca burguesa pelo acúmulo de riqueza e pela posse do poder político. Essa é a doutrina contratualista. Quais são os instrumentos mais eficazes para a busca dos fins próprios à esfera econômica e política da sociedade moderna (burguesa)? Certas faculdades (direitos) que serão naturalizados: o direito de propriedade (absoluto) e livre-iniciativa, e o direito (dos mais abastados) de participar no processo político. Esses são dos direitos que, pertencendo ao ser humano no estado de natureza, são reconhecidos como *naturais*. O contrato social disporá sobre o arranjo institucional que, do ponto de vista do indivíduo isolado, seja o mais vantajoso para o seu interesse. O resultado é um conjunto de direitos que, impondo-se ao Estado, viabilizem a busca do autointeresse na economia capitalista e no Estado Liberal. A Teoria do Direito não é mais uma teoria ética como no jusnaturalismo clássico, mas uma teoria da escolha racional (Rawls): quais são as escolhas que maximizarão o bem do indivíduo? Valerá como direito os meios (direitos) que o indivíduo autointeressado e racional determinar como sendo os mais eficientes para obter os fins no contexto de uma sociedade moderna. O legislador positivo nada mais deve fazer senão detalhar, por meio de regras gerais e abstratas, as condições ótimas do uso desses direitos<sup>9</sup>.

Todavia, a abertura do direito a elementos éticos, valorativos, enfim, filosóficos e político-sociais coloca a experiência jurídica sobre os trilhos do pluralismo jurídico, que aparece como resposta ao normativismo estatal positivista, que, por sua vez, conforme escreve Wolkmer, tem como principal núcleo “a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito. (...) priorizando a produção de outras formas de regulamentação, geradas por instâncias, corpos intermediários ou organizações sociais providas de certo grau de autonomia e identidade própria”<sup>10</sup>. Trata-se, lembra ainda Wolkmer, “de uma visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnofornais”<sup>11</sup>.

Na verdade, está em moda nos dias presentes o desenvolvimento de profundas e originais reflexões sobre questões morais. Fala-se mesmo de um *eticismo*, que afetaria não apenas o discurso, mas a pragmática das ciências sociais, com preocupação voltada para o espaço público e para o homem, como centro de irradiação de dignidade.

<sup>9</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 644.

<sup>10</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 637.

<sup>11</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 183.

Em razão disso, o discurso, seja jurídico, seja político, tem sido marcado com um forte apelo às questões éticas alavancadas sob o que se pode denominar de *espírito do Estado*<sup>12</sup>, divisado ao se colocar o homem como o centro das atenções, ou seja, partindo da ideia de dignidade para afastar justificações políticas e até mesmo jurídicas erigidas sob a ideia de *razão de Estado*.

Esse movimento, como registra Habermas<sup>13</sup>, decorre do “fracasso das ciências sociais convencionais, que não puderam cumprir suas promessas teóricas e práticas”, e veio a ser caracterizado como a virada hermenêutica (*interpretative turn*), propugnando pela crítica do arcabouço metodológico do positivismo para irromper a experiência das ciências sociais a partir da *compreensão*, e foi exatamente esse espaço que permitiu o retorno à ética, de modo a ensejar novas atitudes, novo agir comunicativo no espaço público.

## A CONSTRUÇÃO DO FUNDAMENTO ÉTICO DO DISCURSO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

No direito, é fácil hodiernamente divisar todo um movimento no sentido de revelar uma dependência da axiologia jurídica em relação aos fundamentos éticos voltados para a proteção de direitos fundamentais em defesa da dignidade humana.

Essa dependência ora se faz tentando operacionalizar construções da ética teleológica clássica grega ou cristã, ora sob o prisma de uma ética iluminista de matiz deontológico. No viés teleológico, a ética vai deitar raízes na identificação de um fim na e para a vida do homem, buscando divisar meio ou bem para alcançá-lo, como se pode perquirir nas reflexões de Aristóteles. Já na ética deontológica, o viés dirige-se para o conceito de dever e, portanto, de norma, como se pode verificar no pensamento de Kant, depois em Bentham e ainda em Rawls ou Habermas, entre tantos outros.

O paradigma aristotélico tem sido operado por muitos filósofos e jusfilósofos contemporâneos que enxergam no questionamento básico “para que devo viver?” ou “qual o fim da vida?” uma resposta para enfrentar os problemas da sociedade hodierna a partir de uma pragmática que vise o desenvolvimento de todas as potencialidades humanas em favor de uma vida boa, digna.

---

<sup>12</sup> O *espírito do Estado* poderia, assim, ser identificado como uma proposta ética positiva de valorização da dignidade humana erigida, segundo Gobardo, sob uma “ética política” de inspiração universalista (hegeliana) e socialista (gramsciana) a partir do abandono do conceito negativo de virtude contemplado por Maquiavel (GOBARDO, Emerson. O pós-moderno Príncipe e a busca pela tranquilidade da alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 43).

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. Ciências sociais reconstitutivas *versus* ciências sociais compreensivas. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 38.

Deveras, para Aristóteles<sup>14</sup>, a felicidade é constituída a partir de atividades virtuosas, já que as atividades viciosas nos conduzem à situação oposta (infelicidade). Todavia, se de um lado a virtude conduz à felicidade, o que faz com que o homem verdadeiramente bom suporte com maior nobreza e decoro as vicissitudes da vida<sup>15</sup>, de outro lado, Aristóteles insistia em que a felicidade também se encontrava vinculada ao homem se encontrar suficientemente provido de bens exteriores<sup>16</sup>. Esse realismo de Aristóteles tem sido enfrentado pelos seus seguidores hodiernos como a dificuldade de reunir numa sociedade hipercomplexa e hipercontingente as condições do bem<sup>17</sup>, ou, por outra, que o estagirita não estaria olvidando as circunstâncias do “estar-no-mundo”<sup>18</sup>.

A conquista do ideal de vida boa (*eudamonia*) afasta a virtude dos extremos e conduz sua prática para o equilíbrio, ou seja, um uso racional das virtudes. Assim, o agir, a práxis igualmente devem ser conduzidos de tal modo que a obra humana também seja boa<sup>19</sup>.

A ideia de felicidade humana concebida a partir de um ideal de vida boa, que caracteriza, como se vê, o pensamento da ética aristotélica e, posteriormente, a cristã, restou profundamente abalada em razão do iluminismo. Com efeito, o desenvolvimento das ideias redirecionou a pergunta própria do paradigma ético grego (como viver?) para um questionamento que pode ser traduzido numa das três questões básicas propostas por Kant<sup>20</sup>: *o que devo fazer?*, ou, por outras

<sup>14</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 33.

<sup>15</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 33.

<sup>16</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 34. Nesse ponto o pensamento de Aristóteles confronta com o de Platão, para quem a vida boa decorreria da simples posse da virtude pelo indivíduo, não dependendo de fatores externos. “Para Platão, quem possui a virtude da justiça possui um bem intrínseco, mesmo que seja vítima das maiores injustiças, e é, por isso, feliz”. Conforme SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <[www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf](http://www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 23.

<sup>17</sup> Cf. NUSBAUM, Martha C. The fragility of godness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy. Cambridge, UP, 1986, apud SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <[www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf](http://www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 26.

<sup>18</sup> Cf. AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez Aristote*. Paris: PUF, 1963, apud SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <[www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf](http://www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 26.

<sup>19</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 41 e 47.

<sup>20</sup> São elas: 1. que posso saber? 2. que devo fazer? 3. que posso esperar? (para detalhamento desse aspecto do pensamento de Kant, consultar PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11-12).

palavras, como expressa Santos<sup>21</sup>, “como encontrar no homem, tal qual o pensa a nova antropologia, uma lógica própria para suas razões?”.

Divisa-se, a partir daí, uma verdadeira revolução no pensamento, que se traduz na insistência da autonomia do sujeito ético e da própria ética em relação à religião e à teologia. Kant envereda por esse caminho, apontando ao declarado escopo o método dedutivo e apriorístico a partir dos conceitos da razão pura, como aponta Santos, que, ao confrontar a ética teleológica com a ética deontológica, registra:

Neste último caso, a crítica do recurso à antropologia em ética tem os seus limites, visto que também, aqui se tomou a decisão antropológica de considerar o homem, enquanto sujeito ético, como “ser racional”. Comum a estas duas abordagens opostas da ética há um pressuposto epistemológico que constitui um outro aspecto da *epistémé* iluminista. Do ponto de vista epistemológico, a ética, de acordo com a crítica generalizada do pensamento teleológico, deixa de partir da ideia de um conhecimento dos fins. Ao conhecimento do lugar do homem no cosmos, correspondia, naturalmente, um conhecimento da melhor forma de vida e, portanto, dos “fins” de uma vida propriamente humana, e das “virtudes” necessárias à sua realização. Em vez de causas *finais* para agir, o ético procura, agora, motivos ou móveis, causas *eficientes* da acção, que podem ser ou bem sentimentos (Hume) ou bem um “dever” puramente racional (Kant)<sup>22</sup>.

Todavia, isso conduz, inegavelmente, ao seguinte paradoxo: “de que vale o homem ter-se emancipado de entidades transcendentais para encontrar em si próprio as razões da sua própria acção, se a sua vontade se torna escrava de ‘sentimentos’, ‘inclinações’ e ‘paixões’?” Ainda conforme Santos, do ponto de vista kantiano, a solução do paradoxo iluminista da liberdade repousa na circunstância de que existe

(...) a lógica do agir “por dever”. Do agir verdadeiramente moral, seja totalmente independente de “inclinações” naturais, aspirações à felicidade ou cálculos de interesse e utilidade, e tenha a sua fonte apenas na razão. “Liberdade” é a independência da razão do “ser racional” em determinar a máxima da sua acção sem constrangimentos sentimentais, pulsões naturais, perspectivas de felicidade, ameaças de sanções ou

---

<sup>21</sup> SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <[www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf](http://www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 31.

<sup>22</sup> SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <[www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf](http://www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 31.

promessas de compensações. Esta posição radical de um “dever moral” que corresponde a um agir absolutamente racional, conforme à razão prática, a todas as “inclinações” naturais, leva a uma justificação ou fundamentação desse dever através de um método processual, puramente formal, dedutivista e contraintuitivo. Assim, enquanto, por exemplo, na ética grega o respeito do outro é justificado pela necessidade de o indivíduo ter “amigos”, ou seja, ter relações sociais, para ser feliz, e no contexto cristão através da experiência do “amor”, a fórmula kantiana que imprime a obrigação de respeitar o outro, “o imperativo categórico”, não pode recorrer, para se justificar, nem a argumentos pragmáticos nem a intuições dadas em experiências vividas. A moral, segundo Kant, não só não necessita, mas deve-se interditar o recurso à intuição para se fundar na razão<sup>23</sup>.

Isso porque o homem como “ser racional, como inteligência, considera-se como pertencente ao mundo inteligível, e só denomina *vontade* à sua causalidade como causa eficiente pertencente a esse mundo inteligível”<sup>24</sup>. Decorrentemente, ele tem que considerar as leis do mundo inteligível como imperativos e as ações conforme esse princípio de deveres<sup>25</sup>. E assim Kant prossegue, enfaticamente:

Assim são possíveis os imperativos categóricos, porque a ideia da liberdade faz de mim um membro do mundo inteligível; se eu não fizesse parte mais do que desse mundo inteligível, todas as minhas ações seriam sempre conformes à autonomia da vontade; mas como, ao mesmo tempo, me considero membro do mundo sensível, essas minhas ações devem ser conformes à mesma autonomia. E esse dever categórico representa uma proposição sintética *a priori*, porque sobre minha vontade afetada por apetites sensíveis sobrevém, além disso, a ideia dessa mesma vontade, mas como pertencente ao mundo inteligível, pura, prática por si mesma, que contém a condição suprema da primeira, segundo a razão...<sup>26</sup>

Por isso Höffe afirma que “com o imperativo categórico Kant apresenta um critério supremo de ajuizamento da moralidade e, numa reformulação correspondente, para o todo da moralidade”<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <[www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf](http://www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 32, passim.

<sup>24</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 86.

<sup>25</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 86.

<sup>26</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 86-87.

<sup>27</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 197.

Nessa linha, Pêpe registra que “A liberdade de arbítrio vincula o homem a uma ação comprometida com o dever, uma ação conforme o dever, que é estabelecida a partir de normas que ele mesmo se representa, numa superação clara dos impulsos sensíveis, que o afetam, mas que não o determinam”<sup>28</sup>.

Daí por que, segundo Höffe<sup>29</sup>, para Kant a validade da moral vincula-se objetivamente ao próprio sujeito, o que ocorre quando “a origem da moral encontra-se na autonomia<sup>30</sup>, na autolegislação da vontade. Visto que a autonomia é equivalente à liberdade, o conceito-chave<sup>31</sup> da época moderna, a liberdade, obtém através de Kant um fundamento filosófico”. E, mais adiante, Höffe prossegue afirmando que:

De um lado, segundo Kant, o querer não consiste porventura num simples desejo, mas no emprego de todos os meios – na medida em que estão em nosso poder (GMS, IV 394). A vontade não é de modo algum indiferente em relação à sua manifestação no mundo social e político, ela não é nenhum além da realidade efetiva, muito antes, é o seu fundamento determinante último – na medida em que o fundamento encontra-se no próprio sujeito. Certamente a manifestação da vontade pode, devido a deficiências corporais, espirituais, econômicas e outras, não corresponder ao que é querido; por exemplo, um socorro pode sem culpa chegar muito tarde ou muito debilmente. Todavia, esse risco o homem não pode evitar. Sua conduta se exerce num campo de forças que depende de condições naturais e sociais e não é determinada apenas pela vontade do agente, não sendo sequer totalmente abarcável com a vista. Pelo fato de a moralidade (S.) referir-se apenas ao espaço de responsabilidade do sujeito, ao possível a ele, não pode o resultado nu e cru, o êxito objetivamente observável, ser qualquer medidor de grau da moralidade (M.). A moralidade (S.) pessoal não tem importância na ação como tal, mas só na vontade que lhe serve de fundamento. Uma filosofia moral alternativa à “mera ética da intenção” que vê o padrão de medida decisivo no êxito, considera o homem como

---

<sup>28</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 14.

<sup>29</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 184.

<sup>30</sup> Com efeito, Kant proclama a autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade: a autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal (KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 70).

<sup>31</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 79-81.

totalmente responsável por condições pelas quais ele não pode de modo algum ser totalmente responsável. Desconhecendo a situação fundamental do homem, ela não contribui com nenhuma melhora, mas é, em um sentido fundamental, desumana nos casos em que for aplicada consequentemente<sup>32</sup>.

É por isso que, sem perder de vista essa compreensão, Pêpe realça a realização do homem livre por meio do direito quando afirma que:

A liberdade só o é enquanto dever, enquanto indicador da ação que aponta os caminhos da universalidade normativa do *ethos*. Entende-se, dessa forma, que o homem detentor da liberdade ética só existe no âmbito da organização política, onde sua vida social é regida por normas racionais estritamente vinculadas a um *dever-ser*, ou seja, sob a égide do Direito. O ser ético do homem o eleva à condição do ser político, cuja forma racional de se constituir reside no Direito<sup>33</sup>.

Nessa linha, se se descarta uma filosofia moral que vê o padrão de medida decisivo no êxito, afastando do agir cálculos de interesse e utilidade e projetando-o para se fundar na razão, temos, necessariamente, de objetar o utilitarismo de Bentham. Com efeito, para Bentham “a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: *a dor e o prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos (...) *O princípio da utilidade* reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei...”<sup>34</sup>. Assim, a felicidade estaria condicionada à soma dos prazeres e dores dos indivíduos apurada sob um cálculo hedônico, sob o influxo do prazer individual e imediato como princípio e fim da moral. Daí o acerto de Matteucci quando afirma que “El utilitarismo disuelve totalmente la ética, en la medida en que sólo considera los efectos de una acción y no sus motivos”<sup>35</sup>.

Por outro lado, a razão prática kantiana ampara-se em dois caminhos: o primeiro, a autonomia da vontade, que conduz à liberdade, e o segundo, a heteronomia da vontade – “a vontade como fonte de todos os princípios ilegítimos

<sup>32</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 196.

<sup>33</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 12.

<sup>34</sup> BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 3 (Coleção Os Pensadores).

<sup>35</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder e libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998, p. 266.

da moralidade<sup>36</sup>, em que se avulta a função do Direito tal qual divisada por Pêpe, como acima registramos.

É preciso que se perceba, todavia, como o fazem Höffe<sup>37</sup> e Pêpe<sup>38</sup>, que isso não significa dizer que para Kant o direito se encontra separado da moral, ou, dito de outro modo, lhe constitua uma alternativa. Na verdade, conclui Höffe:

A moralidade não se encontra em concorrência com a legalidade, muito antes, contém uma exacerbação das condições. No agir moral é, primeiro, feito o moralmente correto, portanto, é cumprido o dever e, segundo, o cumprimento do dever é tornando fundamento determinante. Assim, a moralidade (M.) não perde terreno para a legalidade, muito antes, proporciona um desenvolvimento e um sobrepujamento<sup>39</sup>.

É necessário observar – como chama a atenção Höffe<sup>40</sup> – que o imperativo categórico não é um teste para a conformidade à legalidade em desapego à moralidade da ação, o que poderia conduzir a uma precipitada conclusão no sentido de que o pensamento kantiano revelaria uma indiferença ao bem-estar dos homens e às consequências das ações conforme o dever para com a felicidade de todos os envolvidos.

Deveras, a felicidade é apresentada por Kant como um grau de racionalidade. Um grau da razão, todavia, atrelado aos imperativos pragmáticos da prudência voltados para a promoção do objetivo efetivo de entes racionais necessitados: a própria felicidade. Nas suas palavras:

Há, no entanto, um fim do qual se pode dizer que todos os seres racionais o perseguem realmente (enquanto lhes convêm os imperativos, como seres dependentes que são); há um propósito que não só podem ter, mas que podem pressupor com segurança que todos o têm por uma necessidade natural. E esse propósito é a felicidade. O imperativo hipotético que representa a necessidade prática da ação como meio para fomentar a felicidade é assertórico. Não é certo apresentá-lo como necessário para um propósito incerto e meramente possível, mas sim para um propósito que se pode admitir como certo e *a priori* para todos, pois que pertence à sua essência. Ora, a habilidade na escolha dos meios para

---

<sup>36</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 71.

<sup>37</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 196.

<sup>38</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15.

<sup>39</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 196.

<sup>40</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 197.

atingir o maior bem-estar próprio pode chamar-se prudência [*Klugheit*], no sentido mais restrito da palavra. Portanto, o imperativo que se relaciona com a escolha dos meios para alcançar a própria felicidade, ou seja, o preceito a prudência, continua sendo hipotético; a ação não é ordenada de maneira absoluta, mas unicamente como meio para outro propósito<sup>41</sup>.

Os imperativos pragmáticos da prudência, ao lado dos imperativos técnicos, são hipotéticos porque a validade deles se encontra subordinada a pressupostos limitantes. Como Höffe esclarece, “Se eu quero *x*, então tenho de fazer *y*”<sup>42</sup>. Já o imperativo categórico mostra-se como terceiro grau de racionalidade, revelando obrigações que são válidas sem reserva, sem pressupostos, justamente categóricas e portanto sem exceção e universalmente válidas.

Assim, se é verdade que *os imperativos técnicos e os pragmáticos* voltam-se para a aspiração natural da felicidade, também é verdade que *o agir moral* eleva-se acima de toda a funcionalidade como com agudeza assenta Höffe<sup>43</sup>, mas isso não significa dizer que esses três níveis de racionalidade do agir, pois, da razão prática se justaponham; ao contrário, constroem-se cumulativamente.

Ora, bem já se vê que Kant não apresenta a felicidade como um propósito certo, concebido *a priori* para todos. E, se o imperativo revela-se hipotético quando estão em causa os meios para a própria felicidade, já que não podem ser ordenados de maneira universal e absoluta, o mesmo não se pode dizer quando está em causa a felicidade alheia. E aqui o próprio Kant pondera:

(...) devo (...) procurar fomentar a felicidade alheia não como se eu tivesse qualquer interesse por sua existência (por inclinação imediata, ou, indiretamente, por qualquer satisfação obtida pela razão), mas somente porque a máxima que exclua essa felicidade não pode estar incluída em um só e mesmo querer como lei universal<sup>44</sup>.

Percebe-se, desde aí, o acerto do pensamento de Höffe<sup>45</sup>, aqui já revelado, quando divisa que os níveis da razão prática não se justapõem, mas se constroem cumulativamente.

Não se pode divisar, sob tal contextura, que o pensamento kantiano revele indiferença ao bem-estar dos homens e à felicidade de todos. É imperativo cate-

<sup>41</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 46-47.

<sup>42</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 201.

<sup>43</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 200.

<sup>44</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 71-72.

<sup>45</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 200.

górico procurar fomentar a felicidade alheia. E isso somente pode ocorrer a partir de um querer, uma vontade livre que tenha ciência de que o homem – tal qual enxerga Pêpe – “como detentor da liberdade ética só existe no âmbito da organização política, onde sua vida social é regida por normas racionais estritamente vinculadas a um *dever-ser*, ou seja, sob a égide do Direito. O ser ético do homem o eleva à condição do ser político, cuja forma racional de se constituir reside no Direito”<sup>46</sup>.

Efetivamente, esse é o caminho a ser palmilhado, inteiramente dividido por Kant, a fim de que “a razão prática (vontade) não seja mera administradora de interesse alheio, e sim manifeste a sua própria autoridade imperativa como legislação suprema”<sup>47</sup>. Dito de outro modo, pensamos, com efeito, que a razão prática apenas se manifestará como liberdade moral se considerarmos como imperativo categórico que “só se é livre quando todos são livres”, como outrora proclama Sartre. E é, de fato, a consideração da igualdade como lei universal que permitirá que se procure fomentar a felicidade alheia como máxima que não pode ser excluída.

É bom, aliás, termos sempre presente que para Kant “o imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”. Indo mais além, considerando que “a universalidade da lei pela qual certos efeitos se produzem constitui aquilo a que se chama propriamente *natureza* no sentido mais amplo do termo (quanto à forma), ou seja, a realidade das coisas enquanto determinada por leis universais”, Kant alerta para que “o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se da seguinte forma: *age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza*”<sup>48</sup>.

Enfim, Kant afirma que o imperativo categórico é um fim necessariamente para todos porque é um fim em si mesmo (*a natureza racional existe como um fim em si*). E por isso conclui:

É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e neste sentido, esse princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em consequência do mesmo fundamento

---

<sup>46</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 12.

<sup>47</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 71.

<sup>48</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 51-52, passim.

racional válido para mim; é pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo, do qual, como princípio supremo, não se pode derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será, pois, o seguinte: *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*<sup>49</sup>.

É sob tal contextura que o imperativo categórico se apresenta como padrão de medida da moralidade<sup>50</sup>, de tal sorte que se avulta como critério ético do discurso, seja como limitação, seja mesmo como fundamento, por mais abstrato que ele possa parecer significa, arremata Höffe, “a forma suprema de toda racionalidade, o grau de consumação da racionalidade prática”<sup>51</sup>.

### O CONTRIBUTO DA VIRADA LINGÜÍSTICO-LITERÁRIA (LITERARY LINGUISTIC TURN) PARA A RACIONALIDADE JURÍDICA

No discurso jurídico, tem sido objeto de nossa preocupação a racionalidade do discurso judicial. A razão é simples, não podemos olvidar: os tribunais apresentam-se como o centro da autopoiese do direito, como com propriedade registra Luhmann<sup>52</sup>. Há, sem dúvida, um discurso dos agentes do ministério público, um discurso dos advogados, dos delegados, de peritos, enfim, de todos os que possam contribuir para a formação dialógica de uma decisão judicial que culmine com uma resposta corretamente justificada. Mas o peso do discurso daquele que deve decidir imparcialmente avulta-se como elemento decisivo na experiência democrática.

Um rápido exame nas práticas judiciais cotidianas permite de plano vislumbrar que os juízes se movem em direção a uma eficiência na prestação da tutela tolhida em nome de dados estatísticos. Deveras, escondidos dentro da “caixa preta”, o despertar do papel – até mesmo para que a comunidade dele conheça e o prestigie – está exigindo que a magistratura mostre o que faz para ser conhecida. Isso implica cotidiana divulgação de números, números e números. Do juiz do mais longínquo rincão do Brasil até a Suprema Corte, a divulgação de dados estatísticos tornou-se rotina cotidiana. Ao lado disso, o apelo de ordem econômica vem erigido sob o viés do princípio da eficiência e é verbalizado em jargões do tipo: “A justiça tal paga-se a si própria em face da arrecadação que propicia aos cofres do Estado...”, ou na roupagem: “O que se arrecada com tributos é

<sup>49</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59.

<sup>50</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

<sup>51</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. Conferir o capítulo 7, intitulado “El lugar de los tribunales en el sistema jurídico”.

superior à despesa, inclusive com pessoal...”, tudo no afã de imprimir eficiência (econômica!) ao Judiciário. A ideia de que se está fazendo muito imprime certa racionalidade pública, que passa a ser chancelada com os dados estatísticos, e a qualidade da produção não é ou pouco é (?) perquirida, quando é realmente essa que vai imprimir o grau de eficiência institucional que a democracia reclama.

As práticas judiciais, com efeito, entregues aos arbítrios e amarras incontroláveis das estatísticas, não se apresentam em grande proporção alimentadas pelas fontes de conhecimento externo que as humanidades, incluindo a filosofia e a crítica literária, lhes proporcionam. O resultado disso são decisões que, conquanto engrossem as colunas estatísticas, apresentam-se assépticas, muitas vezes fundamentadas por referência a um certo precedente sem a devida contextualização hermenêutica, cruas, insensíveis, como se não tivessem sido proferidas por um homem (o *homo humanus*, que é projeto do direito) e igualmente a ele destinada. Isso tudo acontece sob o império de uma fachada positivista onde ainda predomina a ideia de reduzir o direito à norma jurídica escrita.

A compreensão do direito e da prática judicial sem dúvida se encontra submetida às amarras de muitos outros fatores. Aqueles, presentemente tão vislumbrados na experiência brasileira, já se avultam suficientes, como estamos convencidos, para justificar o testemunho que Martha Nussbaum<sup>53</sup> assume “quando invoca as implicações políticos-sociais do *literary linguistic turn*, mas sobretudo enquanto confia à <imaginação literária> (tanto mais fecunda quanto inseparável de experiências *situadas* de <perdão> e de <compaixão>, de <respeito pela singularidade> e de <paixão pela justiça>) a tarefa imprescindível de uma *mediação* (...) que se cumpre privilegiadamente como *resistência*: denunciando uma certa concepção da <razão pública> (que se pretende científica)... e esboçando-abrindo o *work in progress* de uma alternativa (*a vivid conception of public reasoning that is humanistic and not pseudo-scientific*)”<sup>54</sup>.

A aproximação entre direito e literatura defendida por Martha Nussbaum deflagra uma resistência à *racionalidade normativista* alavancada sobre os trilhos de uma experiência unilateral da cidadania democrática<sup>55</sup> e da neutralidade

---

<sup>53</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Poetic justice*. Aqui utilizaremos a versão espanhola: *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Editorial Andres Bello, 1997. Especificamente para o capítulo 3, “Emoções Racionais”, privilegamos a tradução brasileira. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 345-377.

<sup>54</sup> AROSO LINHARES, José Manoel. Imagem literária e “justiça poética”: um discurso da “área aberta”? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 270.

<sup>55</sup> “... se trata já claramente de invocar o horizonte integrador de uma experiência de cidadania democraticamente participatória e democrática (uma típica *comunidade de ideias!*) – só que

judicial erigidas a partir de emoções racionais que se apresentariam aptas a desenvolver um papel valioso na vida pública (racionalidade pública), ao exigir “que o <sentido da vida> da <imaginação literária> assuma uma participação <interpretativa> lograda no tratamento das controvérsias juridicamente relevantes”, de modo a <<acordar a *juris-prudentia* do seu torpor positivista>>, anota Aroso Linhares<sup>56</sup> com vista no pensamento de Douzinas<sup>57</sup>.

Com efeito, Martha Nussbaum mostra-se convencida da importância das emoções na construção de um juízo imparcial. E, se, por um lado, as pessoas podem ser consideradas, como quer Posner, como “potencializadoras racionais de satisfações”<sup>58</sup>, alguns tipos de emoções são frequentemente elementos essenciais em uma boa decisão, e, portanto, a leitura de bons livros que despertam e sugerem alguns tipos de emoções não poderia ser menosprezada. Significa dizer, com outras palavras, que as decisões tomadas pelas pessoas não são exclusivamente produto da razão. Há nelas uma considerável influência de fatores emocionais<sup>59</sup>.

As objeções ao espaço das emoções como guia apropriado na deliberação pública, ou seja, guia para uma resposta correta (o caráter normativo das emoções), repousam, em primeiro lugar, na consideração das *emoções como forças animais cegas*, que não têm nada (ou nada de mais) a ver com o raciocínio, não incorporam a reflexão ou o julgamento, não respondem bem aos juízos da razão e, portanto, deveriam estar dissociadas da deliberação dos cidadãos e dos bons

---

agora também para exigir que esta (sob a máscara constitutiva de uma verdadeira *república de leitores*), longe de se reduzir ao eixo de inteligibilidade consagrado pela representação da *societas* (e pela cristalização hipertextual da modernidade), possa oferecer-se-nos ela própria (tal como todas as outras propostas do *common ground*) como a institucionalização lograda de uma dialética *societas/communitas*” (AROSO LINHARES, José Manoel. *Imaginação literária e “justiça poética”: um discurso da “área aberta?”* In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 286).

<sup>56</sup> AROSO LINHARES, José Manoel. *Imaginação literária e “justiça poética”: um discurso da “área aberta?”* In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 281.

<sup>57</sup> DOUZINAS, Costa e NEAD, L. (Ed.). *Law and the image: the authority of art and the aesthetics of law*. Chicago-London: University of Chicago Press, 1999, p. 11.

<sup>58</sup> POSNER, Richard. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 1-2. Nussbaum mostra que Posner “justifica sua proposta de extensão da análise econômica para todas as áreas da vida humana apelando à concepção como se fosse uma norma estabelecida, e como se essa norma excluísse a tomada de decisão com base emocional” (NUSSBAUM, Martha C. *Emoções racionais*. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 347).

<sup>59</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Emoções racionais*. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 345-377, passim.

juízes, porquanto ameaças ao bom julgamento. Em segundo lugar, as emoções revelariam *reconhecimento de carências*, na medida em que se relacionam de maneira próxima (ou, em alguns casos, idêntica) aos julgamentos, que se mostrariam falsos porque atribuem um valor muito alto a pessoas ou a acontecimentos que não são inteiramente controlados pela virtude ou vontade racional das pessoas. Um bom juiz seria alguém estável, alguém que não pode ser influenciado pelas correntes do acaso ou da moda, como o são pessoas agarradas às emoções, ora esperançosas, ora chorosas, ora serenas, ora mergulhadas em violento pesar a quem falta a estabilidade e a solidez da pessoa sábia, que encontra um constante e calmo prazer na imutabilidade de sua própria virtude. Uma terceira objeção aponta para que as emoções focam nos reais laços e vínculos da pessoa, especialmente com objetos concretos ou pessoas próximas de si. Elas consideram o objeto não abstratamente, como um dentre vários, mas como especial, e especial, ao menos parcialmente, por conta de sua proeminência na vida do agente. Ao estimular e fortalecer emoções, os romances estariam encorajando uma forma autocentrada e desigual de atenção para os sofrimentos de outros seres humanos, e por isso se deve preferir a imparcialidade do intelecto calculista, e da prosa em que ele está incorporado: porque aqui cada pessoa conta como uma só, e nenhuma conta como mais do que uma.<sup>60</sup>

Para a professora da Universidade de Chicago, todavia, as emoções são, ao menos em parte, modos de percepção e não apenas impulsos cegos. Ela registra com firmeza que “o amor não é, no sentido relevante, cego: ele percebe seu objeto como dotado de uma especial maravilha e importância (...) O ódio distingue-se do amor em nada além do que no caráter oposto de suas percepções”.<sup>61</sup> Há, portanto, uma crença que é parte constitutiva da emoção e, nela, a emoção não pode se enraizar. As crenças e os juízos cognitivos que formulamos a partir delas podem ser verdadeiras ou falsas.<sup>62</sup> Dar valor a esses juízos é reconhecer em si a própria carência e a falta de autossuficiência, anota Nussbaum, que vê, a partir daí, a dimensão cognitiva das emoções quando precisamente elas habilitam o

<sup>60</sup> NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 345-377, passim.

<sup>61</sup> NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 354.

<sup>62</sup> “Uma crença pode ser falsa apesar de racional, se eu a firmei com base em boas evidências, mas acontece de estar errada; ela também pode, como ocorre mais frequentemente, ser verdadeira apesar de irracional, se eu a formei precipitada e acriticamente, mas acontece de estar correta. Porém, de modo algum as emoções serão irracionais no sentido de estarem totalmente dissociadas da cognição e do juízo” (NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 356).

agente a perceber certa espécie de valor e se avultam, assim, necessárias para uma visão ética completa<sup>63</sup>. A partir daí, Nussbaum se mostra convencida da contribuição que pode advir da visão moral dos romances e dramas realistas, em que as vulnerabilidades da vida humana e a carência por “bens externos” retem expostas, a exemplo do que ocorre com *Tempos difíceis*, de Charles Dickens, tomado como fio condutor para sua análise. Segundo ela, “podemos dizer dos romances realistas mais em voga o que Aristóteles afirmou sobre o drama trágico: que sua própria forma edifica compaixão nos leitores, posicionando-os como pessoas que se importam intensamente com os sofrimentos e a má-sorte dos outros, e que se identificam com estes na medida em que se mostram as suas próprias possibilidades”<sup>64</sup>.

Charles Chaplin nos convida a pensar sobre o dilema que se debruça sobre o binômio *razão-emoção* quando proclama, no último discurso de *O grande ditador*: *Não sois máquinas! Homens é que sois*. Efetivamente, o problema reside em como conciliar as emoções como guia de racionalidade pública – para o que nos interessa de perto, da racionalidade judicial – se não raro, lamentavelmente, a racionalidade judicial se apresenta mergulhada em uma proximidade não desejável do eu, de grupos estritos, sejam políticos ou econômicos, em que “os vínculos com a família e com os amigos próximos parecem tomar conta de tudo, borrando as justas reivindicações da maioria distante”, maculando a imparcialidade que o intelecto calculista sustenta apresentar, porém em nome de uma justiça – estritamente numérica – lembra Nussbaum – e sobretudo com nítido propósito de afastamento das emoções, porque preconceituosas. E a mestra norte-americana apresenta-se inteiramente convencida de que “a visão abstrata do intelecto calculista mostra-se relativamente míope e não diferenciadora, a menos que ajudada pela vívida e empática imaginação de como realmente é viver um certo tipo de vida”<sup>65</sup>. Um certo tipo de vida que perpassa a vida de miséria de Severina e tantas outras Severinas que fez o poeta pernambucano<sup>66</sup> registrar

---

<sup>63</sup> NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura*: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 357-358.

<sup>64</sup> NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura*: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 360.

<sup>65</sup> Nussbaum, coerentemente, está convencida de que as emoções são uma parte integral dessa visão mais abrangente. Para tanto, contextualiza essa posição sob o fio condutor das personagens de Charles Dickens em *Tempos difíceis* (NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura*: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 362-363).

<sup>66</sup> MELO NETO, João Cabral de. Morte e vida Severina. In: *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, p. 201-202.

que é difícil defender, só com palavras, a vida, ainda mais quando ela é esta que se vê. Intelecto sem emoção é valorativamente cego: falta-lhe o senso de significado, proclama Nussbaum, que, todavia, pontua para a circunstância – tão comum na racionalidade jurídica e política – de que não é preciso o raciocínio embasado em emoção sustentar que a vida humana é “sagrada” ou “de valor infinito”, noções vagas que provavelmente não representam as intuições de muitas pessoas quando são examinadas de perto quando, por exemplo, direcionada a discussão para a terminação da vida, o tratamento de humanos severamente debilitados, o direito dos animais<sup>67</sup> etc.

Se a emoção racional é uma emoção confiável, o que lhe confere a possibilidade de guiar a racionalidade, existem, contudo, emoções não confiáveis. O critério de filtragem para a seletividade das emoções em que podemos confiar foi divisado por Nussbaum a partir da figura do *espectador judicioso*, criada por Adam Smith, que acreditava que a orientação de certas emoções era um ingrediente essencial na racionalidade pública provida por juízos e respostas de um *espectador judicioso* projetado para modelar o ponto de vista da moral racional<sup>68</sup>.

O espectador judicioso, conquanto imparcial, não é desinteressado, mas seu interesse não retoma aos seus próprios objetivos e projetos senão para assumir uma *identificação empática* com as partes, por isso é um *amigo interessado*<sup>69</sup>. Ele se valerá como guia da racionalidade de emoções confiáveis, que resultam, portanto, apropriadas na medida em que “são informadas por uma visão verdadeira do que está acontecendo – dos fatos do caso, de sua significância para os atores da situação, e de quaisquer dimensões de seu verdadeiro sentido e importância que possam escapar ou se distorcer na própria consciência do ator”. Mas essa emoção, registra ainda Nussbaum, não se confunde com a emoção de um participante, porquanto havida a partir de uma avaliação reflexiva da situação para decidir se os participantes a entenderam corretamente e reagiram razoavelmente. Por isso ela é imparcial, porque “devemos omitir aquela parcela da emoção que deriva de nosso interesse pessoal em nosso próprio bem-estar”<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 363-364.

<sup>68</sup> Nussbaum remete o leitor para a obra de Adam Smith: *A teoria dos sentimentos morais (The theory of moral sentiments)*.

<sup>69</sup> NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 368.

<sup>70</sup> NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 370.

O juiz e o bom cidadão seriam beneficiados, como espectadores judiciosos, a partir de uma fonte de orientação moral emergente da leitura literária. A leitura é, na verdade, uma construção artificial da *plateia judiciosa*: “Enquanto lemos, somos participantes imersos e intensamente preocupados, e mesmo assim carecemos de conhecimento concreto de onde estamos na cena diante de nós”. Somos e não somos as personagens. Temos, cada um, enquanto *leitores judiciosos*<sup>71</sup>, a possibilidade de fazer uso daquilo que precede e constitui nossa história, sobre o que está acontecendo, mas trabalhando racionalmente as emoções envolvidas.

Enfim, tem-se avultado outra ordem de objeção à aproximação entre direito e literatura sugerida por Martha Nussbaum, e ela pode ser resumida na seguinte indagação: Que livros devem ser lidos para ensejar a pretendida filtragem das emoções racionais pelo espectador judicioso? Nussbaum está atenta para que as obras literárias podem distorcer o mundo de seus leitores apresentando falsamente fatos científicos e históricos<sup>72</sup> ou um quadro distorcido das capacidades de mulheres e minorias, bem como representando mal a importância de vários tipos de sofrimento ou dano. Para afastar a orientação falível e incompleta dos romances, ela conclama para o exercício de um juízo crítico na seleção deles, que deve ser prorrogado durante a leitura, estabelecendo diálogo com outros autores.<sup>73</sup> Enfim, convencida de que as obras literárias constituem valiosos guias para a resposta correta, Martha Nussbaum insiste em que não recomenda uma confiança acrítica e ingênua na obra literária; ao contrário, chama a atenção para que a experiência literária exige um continuado escrutínio do pensamento moral e político, de nossas próprias instituições políticas e morais, e do julgamento dos outros.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> “A visão das esperanças e medos humanos que o leitor judicioso forma no processo de leitura de um romance não é infalível. Como já afirmei, emoções são bons guias apenas se são baseadas em uma visão verdadeira dos fatos do caso e da importância das várias espécies de sofrimento e alegria para atores humanos de vários tipos. (Como outros juízos, elas devem ter testada a sua coerência com nossas outras experiências e com nossas teorias morais e políticas)” (NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 371).

<sup>72</sup> Mas, “não se precisa ter a política de uma obra como totalmente correta para se considerar a própria experiência como politicamente válida” (NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 373).

<sup>73</sup> NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 371-372.

<sup>74</sup> NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 371-372, passim.

Se lembrarmos que por trás do processo judicial, de regra, existe essa preconizada singularidade, que há um indivíduo, uma pessoa à espera de, igualmente, uma resposta certa, a atuação do juiz como espectador judicioso na esteira do pensamento de Martha Nussbaum pode, no mínimo, contribuir para a formação do juízo crítico e tornar os magistrados mais sensíveis. Por isso, tenhamos presente: a complacência baseada em números baixos (pouca quantidade de processos), por si só, não é indicativo de resposta certa, assim como não é indicativo de resposta certa, da mesma maneira, o comprazer com os altos índices estatísticos se, em cada processo, a situação de vida não for contextualizada e verbalizada a partir de emoções racionais.

### PARA CONCLUIR: POR QUE TUDO ISSO IMPORTA?

Hodiernamente, cada vez mais se torna difícil separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, o delegado etc. –, daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas já não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática, e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos genéricos, certas categorias e os caminhos hermenêuticos que viabilizam a mobilização de tais conceitos e categorias que a racionalidade do direito deixa a desejar.

Evidentemente, não queremos dizer que o cientista prático do direito deva ser um jurista teórico ou um filósofo, mas que os dois modos operacionais – o instrumentalista e o teórico – não se encontram completamente separados. Já não se pode dizer que o primeiro apenas utiliza os resultados alcançados pela investigação sistemática do segundo. Cada dia mais a ciência é para o jurista prático atividade e não apenas fonte de informação.

A esta altura, que nos seja permitida uma última reflexão, porque oportuna. Recordemos do conhecido caso do “lançamento do anão” (*lancer de nains* ou *dwarf tossing*): em uma cidade francesa chamada Morsang-sur-Orge, um estabelecimento comercial tinha como atração um campeonato de arremesso de anão, na qual, vestindo roupas de proteção, anões eram arremessados em direção a um tapete acolchoado, sendo vencedor da noite aquele que conseguisse lançar o anão até a maior distância possível. O Poder Público resolveu interditar o estabelecimento onde ocorria o evento, argumentando que aquela atividade violava a ordem pública, pois contrária à dignidade da pessoa humana. A casa de diversão recorreu contra a decisão do prefeito, tendo como litisconsorte ativo o próprio anão, o Sr. Wackenheim, que não se sentia diminuído com aquela atividade, pelo que argumentou que o direito francês protegia os valores da livre-iniciativa e do direito ao trabalho necessário à sobrevivência. A jurisdição administrativa deu ganho de causa ao estabelecimento e restabeleceu a prática do

arremesso de anão. A edilidade recorreu e o Conselho de Estado francês, reformando a decisão, interditou a atividade em defesa da dignidade da pessoa humana e ordem pública, considerando que o indivíduo deve ser sujeito de direito e não objeto de direito para ser arremessado em um espetáculo, de um lado para outro, como se fosse uma coisa.<sup>75</sup> Wackenheim recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que a decisão seria discriminatória e violava o seu direito ao trabalho. Em setembro de 2002, o Comitê confirmou a decisão do Conselho de Estado francês, reconhecendo que o lançamento de anão viola a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido. Pois bem. Decisão oposta foi tomada na jurisdição norte-americana, onde houve muitas ações envolvendo a mesma questão. Ali, com efeito, prevaleceu a argumentação de que a dignidade da pessoa humana assegura, antes e sobretudo, a autonomia privada. Portanto, se o anão quer e espontaneamente participa do evento, o Estado não tem o direito de impedir que ele exerça a sua vontade nesse sentido.<sup>76</sup>

É nessa contextura que se pode divisar quão complexas<sup>77</sup> são determinadas questões que estão a exigir respostas do direito no ambiente do Estado democrático. E o exemplo exposto mostra-se perfeitamente apto para compreender que, quando estão em causa direitos fundamentais, sobretudo os enfeixados sob o princípio da dignidade da pessoa, qualquer resposta possível será alavancada a partir da consideração dos valores comunitários enfrentados sob uma racionalidade moral. Ela deve ser alcançada com prudência (*phronesis*) sob o veio condutor de uma interlocução do direito com uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*. Com efeito, a permissão do arremesso de anão nos Estados Unidos revela o constructo cultural-civilizacional que serve de guia institucionalizacional naquela comunidade de princípios. A cultura do individualismo – as vezes, para nós outros (de outra cultura) – exacerbado conduz a um predomínio do princípio da autonomia da vontade. É preciso, todavia, ter cuidado para que o binômio *cultura-civilização*, como fiel da balança, não permita que o princípio dignitário se mostre de tal sorte amesquinhado ou praticamente aniquilado. O equilíbrio aponta para o princípio da tolerância, que, inserido no “processo de democratização-constitucionalização (*judicialização*), perde o caráter <unilateral> e a intenção paternalística que histórico-culturalmente

---

<sup>75</sup> Extrato da decisão pode ser consultado em: <<http://web51.hosting.xpg.com.br/xpg2.0/0/g/e/georgemlima/anao.pdf>>.

<sup>76</sup> Informação e contextualização apresentadas pelo constitucionalista brasileiro Luís Roberto Barroso na entrevista intitulada *Conversas acadêmicas*: Luís Roberto Barroso (I). Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>77</sup> Esse rótulo de complexidade passa por questões como o aborto, a eutanásia, a tutela às relações homoafetivas, o sério problema do equilíbrio entre a utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, a redução da maioridade penal, entre outras.

lhe corresponderam<sup>78</sup>”, anota Aroso Linhares,<sup>79</sup> e reclama atenção à pontuação feita por Castanheira Neves quando ensina que a “pessoa, enquanto *homem real*, é a unidade dialéctica de duas relativas autonomias, a autonomia do seu *eu social* (aquele comum de existência comunitária que consubstancia como membro de uma comunidade histórica) e de um *eu pessoal* (aquele próprio da existência pessoal que ele concretamente singulariza, o seu autêntico <incomparável no comparável>) – a unidade dialéctica, se quisermos, da objectividade e da subjectividade humanas”.<sup>80</sup> E, no conflito, o emérito catedrático de Coimbra não deixa dúvida quanto ao caminho a seguir:

(...) se o <eu pessoal> depara no seu horizonte dialéctico de realização com um <eu social> ou comunitário, sem que um ou outro se reduzam, também à comunidade, que imediatamente se afirma neste segundo <eu>, não lhe será lícito recusar-se à mediação para o cumprimento daquele primeiro, na sua concreta personalização: que o mesmo será considerar como dever para a comunidade o reconhecer ela a cada pessoa a possibilidade – que assim será verdadeiramente um direito – da sua pessoal participação e realização. Nem é outro o sentido e o exacto fundamento dos *direitos do homem* e dos *direitos fundamentais*.<sup>81</sup>

Não é outra a razão pela qual Barroso, ao registrar que quando se “tem um desacordo moral razoável, ou seja, quando os dois lados têm argumentos que merecem consideração e respeito, o papel do Estado e do Direito não é escolher um dos lados, mas assegurar que cada um viva sua crença, que cada um viva a sua autonomia privada”.<sup>82</sup> É, preciso, contudo, não perder de vista que, na pugna entre o projeto existencial pessoal de cada um *versus* o projeto existencial social, o direito deve aparecer como um interlocutor em defesa do projeto do *homo humanus*, e a reposta certa se valida na medida em que se apresentar comprometida com este último projeto, que se mostra, assim, apto a colocar no vértice da atual compreensão autêntica da existência humana a *pessoa*, que implica, como assenta Castanheira

---

<sup>78</sup> O unilateralismo e o paternalismo que ainda conformam o princípio da tolerância ficam evidenciados em verbalizações do tipo “nós somos tolerantes em relação àquilo que não somos capazes de proibir”, o que revela certa supremacia, diria mesmo certa soberba do tolerante em relação ao tolerado, impondo redobrada atenção por ocasião de justificações.

<sup>79</sup> AROSO LINHARES, José Manuel. *O homo humanus do direito e o projecto inacabado da modernidade*. *Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 546, nota 123.

<sup>80</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 69.

<sup>81</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O direito hoje e com que sentido?: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 69-70.

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Conversas académicas*: Luís Roberto Barroso (I). Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

Neves, “a compreensão e a assunção de nós próprios como pessoas. O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo”.<sup>83</sup>

É por isso que tudo interessa!

Interessa porque a experiência democrática exige uma racionalidade jurídica que, untada pela imparcialidade do juiz, conduza a uma resposta corretamente justificada que não vise, apenas, a uma racionalidade pública alavancada a partir de critérios afetos à eficiência económico-financeira, mas, antes, vinculada à satisfação de um projeto do Direito que seja edificado e ao mesmo tempo se volte para a realização do homem, em sua acepção mais ampla de dignidade, o próprio *homo humanus* do Direito.

Para esse desiderato, a racionalidade moral acompanha o direito cooriginariamente, vale dizer, desde o seu nascimento até sua aplicação, pois é ela que imprime o rito em direção a respostas corretamente justificadas como exigência da experiência democrática.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

AROSO LINHARES, José Manuel. *O homo humanus do direito e o projecto inacabado da modernidade*. *Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

AROSO LINHARES, José Manoel. Imaginação literária e justiça poética: um discurso da “área aberta”? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Conversas acadêmicas: Luís Roberto Barroso (I)*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984 (Coleção Os Pensadores).

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O direito hoje e com que sentido? o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

---

<sup>83</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 69.

GOBARDO, Emerson. O pós-moderno Príncipe e a busca pela tranquilidade da alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Ciências sociais reconstrutivas *versus* ciências sociais compreensivas. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder e libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MELO NETO, João Cabral de. *Morte e vida Severina*. In: *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

NUSSBAUM, Martha C. *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Editorial Andres Bello, 1997.

NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

POSNER, Richard. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <[www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf](http://www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006.