

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URISAN/RS
Curso de pós graduação *lato sensu* em direito civil e os novos rumos do direito
processual civil – 2008/2010

Ensaio sobre ética e direito no mundo contemporâneo

Ricardo Melo de Souza *

Resumo

O texto aborda o necessário enfrentamento contemporâneo das questões fundamentais da ciência do direito. Propõe-se o abandono de uma concepção estática da ciência jurídica, para dar lugar a uma concepção de direito como processo. Estabelece o chamado “mundo dos fatos” como ponto de partida dessa abordagem. Apresenta-se uma rápida análise dos reflexos dos novos enfrentamentos do direito, na jurisdição, no processo e na teoria geral do direito, exemplificando lacunas, avanços e retrocessos. Propõe-se a ética como um possível referencial metodológico e finalístico e como manancial teórico para a ciência do direito. Contextualiza o direito em relação ao mercado, à política, ao pensamento e à moral. No epílogo, apresenta-se uma reflexão sobre o enfrentamento enquanto aptidão humana necessária.

Palavras Chaves: Ética, direito, multidisciplinaridade, mundo dos fatos, funcionamento moral, jurisdição, formação jurídica, humanismo real, cultura, moral, semiótica, necessidade, liberdade, vida, dignidade humana, espécie humana, pergunta

* O autor é promotor de justiça no RS desde 1993, graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do RS – UFRGS, pós-graduando da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URISAN; endereço eletrônico ricardosouza@mksnet.com.br.

Zusammenfassung

Dieses Papier befaßt sich mit der Notwendigkeit, die grundlegenden Fragen der modernen Wissenschaft vom Recht zu konfrontieren. Es wird vorgeschlagen, eine statische Konzeption der juristischen Wissenschaft zu verzichten, um den Weg für eine Konzeption des Rechts als einen Prozeß zu machen. Errichtung der sogenannten "Welten der Tatsachen" als Ausgangspunkt für diesen Ansatz. Es enthält eine kurze Analyse der Folgen des Kampfes zwischen die neuen Gesetze, Rechtsprechung, Prozeß und die allgemeine Theorie des Rechts und veranschaulicht sich gerade die Mängel, die Fortrückene und Rückschritte. Es ist die Ethik als einen möglichen und methodischen Rahmen und Finalist und als eine reiche Quelle für die theoretische Wissenschaft vom Gesetz vorgeschlagen. Kontextualisiert das Recht für den Markt, Politik, Denken und Moral. Im Epilog stellt sich eine Reflexion über das menschliche Gesicht als erforderlich Kampf vor.

Keywords: Ethik, Recht, Mannigfaltigkeit, Welt der Tatsachen, moralische Funktionieren, Rechtsprechung, juristische Ausbildung, realen Humanismus, Kultur, Semiotik, Notwendigkeit, Freiheit, Leben, menschliche Würde, menschliche Spezies, Frage

Sumário

1 Introdução – Necessário enfrentamento.....	4
2 Problema da concepção do direito.....	5
3 “Mundo dos fatos” como ponto de partida.....	6
4 Sedimentações e mudanças no âmbito do processo.....	7
5 Compreensão em rede: lacunas, avanços e retrocessos.....	9
6 Migração das demandas sociais para o Poder Judiciário.....	12
7 Efeitos na jurisdição e no processo.....	13
8 Ética como enfrentamento real dos problemas.....	15
9 Política e mercado.....	17
10 O “pensar” e o “mundo jurídico”.....	19
11 “Mundo dos fatos” como necessidade para o “mundo jurídico”.....	21
12 Funcionamento moral.....	23
13 Moral e direito.....	27
14 Ética e direito.....	28
15 Conclusão – Passivo a descoberto.....	30
Epílogo.....	34
Obras consultadas.....	35
Notas explicativas.....	38

1 Introdução – Necessário enfrentamento

Um olhar mais atento sobre a realidade do direito e, na mesma conta, do direito processual, neste início de Novo Milênio, leva a indagações que, por sua vez, conduzem a perplexidades, pois o condicionamento de quem olha tem, como ponto de partida, um determinado “mundo de fatos”, no qual, como no dizer de PONTES ¹, (...) *todo fato é, pois, mudança no mundo (...) e (...) o mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão (...)*.

É que o Mestre, que se mostrava perplexo (...) *com homens dos séculos XVIII e XIX, que falavam de direitos que as Constituições tinham de respeitar, ou aludiam a algum sistema jurídico, acima das Constituições ou antes delas (pré-constitucionais), de que derivariam tais direitos subjetivos, ou falavam de direitos subjetivos em sentido político, e não jurídico* ² (...), embora também condicionado pelo seu ponto de partida, que era o mundo em que vivia e observava o próprio mundo, incluindo o tal “mundo jurídico”, não escapava do condicionamento estruturante do “não menos mundo” dos fatos sobre o “pensamento jurídico” de seu tempo.

Na atualidade, é possível afirmar que se trata o direito de uma categoria cultural que experimenta situações, as quais não se resolvem mais na formulação e aplicação de novos institutos jurídicos simplesmente.

A hiperconectividade de mercados e culturas, somando-se a uma desordenada e não-integrada acumulação e aplicação de capitais, produziu mais do que modificações nos fatos e nas relações alvos das incursões do direito: mais do que uma sociedade diferente daquela em que os tradicionais institutos do direito foram consolidados, temos uma sociedade que se diferencia nova e rapidamente a cada dia, com múltiplas e paradoxais adaptações, num processo de constante reinvenção, resignificação ou reconstrução de conceitos e paradigmas.

São múltiplos e complexos sincretismos de culturas, de valores e de dinheiros, acelerados pela tecnologia, que, como a moda, esta no dizer de LIPOVETSKI ³, é (...) *uma instituição essencialmente estruturada pelo efêmero e pela fantasia estética (...), excepcional, altamente problemática, uma realidade sócio-histórica característica do Ocidente e da própria modernidade (...)*.

Mas, então, qual o enfrentamento necessário proposto? Um embate entre direito e ética? Uma retomada dos postulados do então chamado “jusnaturalismo”? Não. Nem um, nem outro.

É suficiente observar que, das constatações referidas e do que mais consta da historiografia do direito, desde os núcleos resistentes às modificações estruturais, passando por “revolucionárias maquiagens”, tudo conduz hodiernamente a um necessário enfrentamento do fenômeno jurídico real, com um olhar necessariamente condicionado também pela ciência do comportamento moral do Homem: a ética.

2 Problema da concepção do direito

Partindo-se da realidade vivida, conceber o direito como um processo é a primeira insegurança decorrente do “pensar jurídico” nos tempos atuais.

É que a inércia sempre pareceu ontologicamente mais “segura” do que o movimento. Ser dinâmico, estar em movimento, isso sempre trouxe e traz alguma “incerteza”.

Agora, torna-se mais difícil, e de inevitável enfrentamento, a constatação que vem na bagagem da multidisciplinaridade dos novos tempos: não existe inércia; tudo está em movimento; e não vai parar.

Mas, então, como erigir os alicerces, os pilares, as vigas mestras da compreensão e valoração dos fatos e relações humanas necessariamente objetadas pelo direito?

Como fazê-lo daqui para a frente, quando se verifica que nem mesmo os terrenos sobre os quais se edificava o direito até então se mantêm perenes e comedido inertes?

É intuitivo que, num mundo físico, em que placas tectônicas – pouco mais de 50 no Planeta – movimentam-se por aí, sem rodeios e sem cerimônia, resta quase palpável que qualquer metodologia de abordagem das categorias culturais – incluindo o direito – precisa incorporar a dinamicidade do funcionamento das questões humanas, como premissa e baliza fundamentais.

Nesse quadro, os modelos hauridos das teorias clássicas do direito, assentados, no âmbito do processo, em conceitos como os de ação, de jurisdição,

de defesa, de processo, de procedimento, para enfrentarem os desafios destes tempos, precisam, no mínimo, de uma nova contextualização e reinterpretação.

Se possível, e é melhor que se faça logo, precisam ser explicados, conhecidos, entendidos e criticados pelo que realmente são: expressão das disputas sociais, em que, de regra, pouco ou nada perdem os interesses ligados ao capital.

E aqui não se trata apenas *dem Kapital* ⁴, tal como delineado na atenta investigação do Filósofo de Tréveris ⁵, embora vá muito além das evasivas “categorias sociológicas da linguagem e da comunicação” ⁶ de HABERMAS ⁷, ou de suas não menos evasivas “esferas do sistema e do mundo da vida” ⁸.

Resistindo a “economicismos místicos”, grosso modo, vale destacar que sempre existiram “a boca que explora” e “a boca explorada” ⁹, antes mesmo da “teoria do valor-trabalho” e da Revolução Industrial, antes do Iluminismo e do Renascimento, antes de LUTHER ¹⁰, AGOSTINHO DE HIPONA ¹¹ ou TOMÁS DE AQUINO ¹²; de MOISÉS ¹³, YESHUA ¹⁴ ou MAOMÉ ¹⁵; antes da Grécia Antiga, de Roma ou do Império Persa.

3 “Mundo dos fatos” como ponto de partida

Uma análise científica e propositiva da compreensão da relação entre o Homem e o direito não pode olvidar a premissa de que este sempre reflete e reforça, nos seus ordenamentos escritos, ou de produção e manutenção centralizada de regras de convivência social, por mais rudimentares, as configurações de poder estreitamente relacionadas, úteis, afins, necessárias ou interessantes, primeira e fundamentalmente, às configurações econômicas da vida social, pois é na satisfação das necessidades humanas que os objetos econômicos exaurem-se humanamente, sendo deles as bases das condições para a vida terrena.

A questão de saber se tal exaurimento é num sentido autofágico, do ponto de vista da antropologia, da economia ou da política, por ser ou não comprometedor da manutenção da própria espécie humana, isso ainda é matéria para debate, se é que ainda haverá tempo para esse “luxo tão paradoxal” ¹⁶, dada a candente obviedade dos problemas “ecológicos” (*lato sensu*) ¹⁷ que rondam a Humanidade.

O certo é que a exponencial aptidão para mudanças nas configurações do chamado “mundo dos fatos” tem ensejado a crescente reavaliação e crítica dos instrumentos, institutos e paradigmas do direito e do processo, dando azo a novos

mecanismos de funcionamento, que tentam aproximar a jurisdição, o processo e o direito das necessidades reais de seus destinatários.

4 Sedimentações e mudanças no âmbito do processo

Os traços característicos da individualidade e da ordinariedade, que denunciam o vínculo hereditário com o processo da Roma Antiga, estruturado sobre uma sociedade rural e arcaica, não alcançam as soluções que se impõem para as sociedades massificadas do Século XXI. Trata-se de um sistema que já matura direitos humanos de sexta geração, em que a prestação jurisdicional pressupõe novos e inéditos mecanismos, os quais muito pouco suporte encontram nos milenares paradigmas do processo até então persistentes.

Quando se fala de individualidade, está-se referindo também ao eixo privatista do processo, tal como herdado da terceira fase do direito romano, a partir de quando passou o direito a sofrer a influência da Igreja e do direito canônico, especialmente no direito penal e processual penal, trazendo, por *regalo*, os rudimentos do direito público que se desenhava.

Era, foi e é, passando, no caso brasileiro, pela chamada “Era BUZAID”, um direito processual aplicável para uma sociedade de proprietários rurais e industriais em ascensão, com inesgotáveis regramentos sobre possíveis contendas entre detentores do capital, vislumbrando-se um congênere privatismo a informar uma relação processual, que tende a reproduzir, grosso modo, algo como “um contrato de compra e venda litigioso”, procurando fixar prazos para as oportunidades, formas e gradações para a eticidade, consolidando perdas e vitórias de um jeito não muito diferente dos resultados práticos hauridos nas disputas “regradas” pelos milenares costumes agrários e mercantis.

Quando se fala de ordinariedade, está-se referindo ao eixo declaratório do processo, em função do qual foi, e ainda é, um sistema baseado na noção de decidibilidade, em que a função primordial do Estado-Juiz é a de “dizer o direito no caso concreto”, sem ou com pouca possibilidade de intervenção efetiva no “mundo dos fatos”.

É, aliás, atestado e celebração dessa persistente tendência metodológica – e ideológica – de separação entre fato e direito a cronologicamente atual – mas não necessariamente “moderna”, na acepção adjetiva da palavra – instituição da “súmula

vinculante” no direito brasileiro, na esteira do aparente revigoramento dos reflexos de um modelo econômico, no final dos anos 80, em que outro exemplo paradigmático é sinalizado na disciplina dos recursos para os Tribunais Superiores, tal como sentenciado na letra da Súmula 7 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL (DJU 3/7/1990): *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*

Para se limitar a uma análise estética, vale lembrar que exame ou reexame de prova (“simples reexame”), em processos judiciais, nunca foi algo simples, o que podem testemunhar os (as) mais de meio milhão de advogados (as) brasileiros (as), sendo certo também afirmar que a jurisdição prestada pelos órgãos judiciários de primeira e segunda instâncias, isto é, antes que cheguem as demandas aos Tribunais Superiores, no caso do Brasil, é tão importante para a Sociedade quanto a jurisdição prestada por estes.

Com um estratégico salto sobre décadas de construção jurisprudencial de forçosas mudanças paradigmáticas no conceito de jurisdição, fixa-se outro exemplo haurido do Poder Legislativo, através da Lei 11.277, de 7/2/2006, que acrescentou o Artigo 285-A ao Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11/1/1973, enunciando que, *quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada*, dizendo ainda que, *se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação (§ 1º) e que, caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso (§ 2º).*

Diante de tais dispositivos legais, o paradigma da “sentença declaratória” - como tradicional produto de um complexo sistema de ritos e ônus - sofre um corte profundo, para se admitir no direito positivo vigente a possibilidade de uma chamada “sentença liminar”.

Por outro lado, os clássicos assentos doutrinários de compreensão da ação, do processo e da jurisdição começam a não dar conta do volume de situações ávidas por encontrar nestes tempos desfecho sadio na intervenção do Estado-Juiz.

Além da “sentença liminar”, surgiu a sentença “erga omnes”, quando a natureza difusa *lato sensu* da causa de pedir impõe a extensão dos seus efeitos

para além do fictício limite “geográfico” tradicionalmente erigido pelas partes no processo ¹⁸.

A mesma sorte contempla os clássicos dogmas sobre os limites da coisa julgada. Demonstração cabal da modificação dos tradicionais parâmetros da processualística privatista decorre do fato, por exemplo, de que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não está jungido ao pedido declinado, ou aos limites traçados na fase postulatória.

São inúmeros os exemplos, nas diversas frentes de incursão do Estado-Juiz na realidade social, tal como submetida a seu crivo através dos processos que chegam aos Juízos e Tribunais, em que se evidenciam os esforços para adequar aquela atividade à realidade social.

5 Compreensão em rede: lacunas, avanços e retrocessos

De uma compreensão *linear* e *atomizada* do direito, fundada na *certeza* e na *segurança*, passa-se para uma necessária compreensão em *rede* e *complexa* do fenômeno jurídico, em que o *risco* e a *incerteza* são constantes inarredáveis.

O direito continua sendo um “reductor de complexidade social”.

Dos clássicos estudos sobre sistemas de solução de conflitos (*civil law* e *common law*), vale lembrar outro fenômeno que contribui sobremaneira para catalisar, no mínimo, revisões nos paradigmas do direito processual clássico, que é o fenômeno da internacionalização do direito, também decorrente da festejada “globalização” econômica e cultural, que acaba colocando em destaque, cada vez maior, os tratados internacionais, visando à uniformização de tratamentos jurídicos a situações comuns, passando, em um salto, as disciplinas jurídicas afins, como o direito internacional público, a ocuparem lugar de destaque nos grandes debates republicanos.

Diz-se que o Executivo e o Legislativo, e especialmente este, não “deram conta” de atender as demandas das democracias republicanas, estereótipo que parte da mídia comercial, ou comprometida com determinados valores ligados ao capital, tem-se encarregado de valorizar, reforçar e manter sob controle.

Mas é possível um ângulo diferente de abordagem.

Na história mais recente, vê-se que o Poder Judiciário, por inúmeros fatores, tem sido também acessível a indivíduos de classes menos aquinhoadas

economicamente. Qualidade do ensino público fundamental e médio, custo elevado das escolas particulares, enfim, existe uma gama de fatores que concorrem para tornar de alguma forma mais presentes nos concursos para provimento de cargos, seja do Ministério Público, seja do Poder Judiciário, indivíduos com determinadas condições ou posições sócio-econômicas, diferentemente do que ocorria em outros tempos.

Com o aprimoramento dos mercados de informação e cultura, por conta da mencionada “globalização”, além da institucionalização do mecanismo de acesso por concurso público de provas e títulos a tais carreiras públicas, notadamente na Constituição de 1988, tornou-se bem mais próxima e real a possibilidade de que indivíduos oriundos de classes menos ou até bem menos aquinhoadas, social e economicamente, possam tornar-se membros do Ministério Público ou do Poder Judiciário.

Mas alguém irá dizer: origem, classe, procedência sócio-econômica, nada disso é garantia de que tenhamos profissionais imbuídos de espírito público, republicano por essência, comprometidos com os valores mais humanamente relevantes da sociedade, ou menos afetos às correntes de supremacia da análise econômica do direito ¹⁹.

Veja-se que, além de chefes do Poder Executivo, que geralmente estão jungidos por compromissos político-partidários locais, e membros do Poder Legislativo, que somente deliberam e agem coletivamente, em temas estruturais ou gerais, são os membros do Ministério Público e os membros do Poder Judiciário, especialmente nas instâncias individuais, que podem, invocando a Constituição da República, defender, com independência e autonomia, os interesses que, em grande número, contrariam os chamados interesses “hegemônicos”.

A contra-hegemonia republicana e democrática encontra em tais agentes políticos, notadamente no Brasil, um exército de possíveis ativistas em prol dos valores fundamentais da sociedade, e não apenas de alguma ou algumas classes ou grupos sociais.

Vale salientar, portanto: no Brasil, uma das formas de possível acesso e propagação de forças contra-hegemônicas, no âmbito do Estado, enquanto estrutura de efetivo poder, são os concursos públicos de provas e de títulos e, por conseguinte, as carreiras do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Mas existem outros componentes essenciais. Ditas carreiras jurídicas são integradas, obviamente, por indivíduos oriundos de universidades, cujos corpos docentes tendem a contemplar, por sua vez, cada vez menos agentes políticos membros do Ministério Público e ou do Poder Judiciário, em razão de vários fatores, um dos quais se pode, por exemplo, apontar: as severas limitações e formalidades para tais agentes políticos exercerem atividades docentes, quando no exercício concomitante daquelas carreiras jurídicas. A reflexão e o debate sobre os verdadeiros motivos para tanto não encontram espaço nesta sede.

Importa por aqui frisar que, sem embargo da indiscutível qualificação da imensa maioria dos docentes oriundos de outras áreas profissionais, tais como advogados, delegados, procuradores, assessores ou professores com dedicação integral, é certo que a formação jurídica tem algo a perder com a redução do contato acadêmico com profissionais que também lidam, direta e diariamente, especialmente na Justiça Comum, com questões que muito dizem respeito aos problemas vivenciados pelas grandes massas de jurisdicionados, na sua multiplicidade, volume e diversidade.

Mas a quem interessa essa lacuna na formação jurídica?

Muitos de nossos graduados concluíram o curso de direito, prestaram concurso público e tiveram muito pouco contato com profissionais das carreiras que escolheram e que iniciam, seja a do Ministério Público, seja a da Magistratura.

Muitas vezes continuam visualizando o direito, a norma, o fato, o processo, e tudo mais que diga respeito às complexas atividades dos profissionais da área, com olhares não muito diferentes daqueles que caracterizam uma formação direcionada apenas para o “êxito” em contendas judiciais privadas, por exemplo. Muitas vezes é o que aprenderam nas faculdades de direito, nos cursos de extensão e nos estágios acadêmicos.

Num contexto assim, é que a ação de promover certo esvaziamento das virtudes do Parlamento enquanto Instituição Republicana fundamental, dadas as condições propícias para a prevalência de valores privatistas justamente nas instituições – Ministério Público e Poder Judiciário - que, de forma imediata e efetiva, podem fazer prevalecer o interesse público, com independência e isenção, contribui para manter um funcionamento “pseudo-republicano” que interessa a ditames “hegemônicos” inconfessados.

6 Migração das demandas sociais para o Poder Judiciário

O esvaziamento do Poder Legislativo como instância da sociedade vem reforçado, capitaneado e chancelado por boa parte de uma imprensa que está, quantitativamente, ainda longe de atuar de forma pública, reflexiva e democrática, acerca da realidade social, com todas as suas contradições e paradoxos ²⁰, e, muito menos, em muitos casos, de contribuir efetivamente para a educação, a formação e a consciência da possibilidade de transformação democrática e real das mazelas impostas pelo sistema concentrador, excludente e perverso que campeia os rincões da sofrida pátria brasileira.

Os protagonistas da história deixam de ser as pessoas como tais, seres com capacidade de consciência, vontade, construção e transformação do mundo, mas que são iludidos com a idéia de que a história é produto “do destino”, “da natureza das coisas”, “do mercado”, “da razão dos sábios”, das “ciências tecnológicas”, “da globalização” e de tantas outras formas de manipulação.

Todavia, importa aos interesses que ganham com o referido funcionamento “pseudo-republicano” parcelas de um Poder Legislativo sem aptidão para que se travem os verdadeiros e necessários debates que efetivamente interessam à sociedade.

O Legislativo deve ser também um espaço para que a sociedade, por si, sem paternalismos, sem as fórmulas do “economicismo místico”, sem os modelos do pragmatismo fatalista, compreenda a importância de sua participação efetiva no destino da República.

Daí, também, um dos porquês do esvaziando do Parlamento em suas atribuições ontológicas de representação e de fomento da participação popular, transferindo-se as disputas para o âmbito do Poder Judiciário.

Torna-se mais fácil, assim, o encaminhamento e a solução, ou protelação, dos interesses de ocasião no âmbito de um Poder (Judiciário) que não tem base social - a não ser quando a mídia hegemônica ressalta alguma decisão judicial que atenda aos interesses que representa.

Um Poder que não tem mais base social sequer nas universidades, um Poder permanentemente vigiado pela crítica “especializada”, para que não cometa “excessos”, tais como a prisão “indevida” de executivos de bancos privados ²¹, ou a

negação “indevida” de liminares de reintegração de posse a “proprietários” de terras “invadidas” pelo MST ²²; em suma, um Poder sem poder.

Em uma palavra, trazer para o Judiciário as grandes questões econômicas e políticas da República é também uma estratégia, nesse contexto, para afastar do debate sobre tais questões justamente os seus principais protagonistas: o povo.

Com o auxílio de alguns mitos, tais como o “mito da neutralidade”, “o mito da inércia da jurisdição” e “o mito da celeridade”, devidamente reforçados por alguns escalões da própria Justiça, por vezes aparentemente subservientes a interesses que nada têm de republicanos, tudo isso apoiado pelo “bombardeio” diário de grande parte da mídia, no mesmo sentido, tem-se a configuração perfeita para que prossiga a bom termo o “desenvolvimento” da República, segundo as velhas bases do *Law and Economics*, de RICHARD POSNER, e tantos outros que o sucederam.

Diante desse quadro, vale observar que, diferentemente do que insistem certos setores, o grande problema da Justiça no Brasil não é a famigerada “corrupção dos juízes”

O grande problema, em verdade, é a possibilidade de que tais juízes atuem de forma independente, realista, criativa, transformadora e efetiva, para dar cumprimento às seculares promessas liberais insculpidas na Constituição da República.

Para manter o *statu quo*, a legitimação social dos juízes deve estar lastreada em não mais do que bajuladoras manchetes, por exemplo, pois não é “adequado” que decorra tal legitimação de um reconhecimento popular efetivo pelas decisões judiciais que sejam transformadoras da sociedade para melhor. “O juiz precisa manter a neutralidade”, sentencia o *mainstream* do “reformismo judicial”.

7 Efeitos na jurisdição e no processo

De qualquer forma, vivemos num tempo em que o Estado-Juiz, que além de “reductor de complexidade social”, passou a ser um “antecipador do futuro” ²³, um criador de tempo, tornando-se o depositário final de um sentimento geral de urgência que se renova a todo dia, inclusive em função dos complexos fatores que caracterizam estes tempos de fim das certezas ²⁴.

O processo modifica seus paradigmas (a) de objetivo *declaratório* e de funcionamento baseado em *cognição exauriente* (b) para objetivo fundamentalmente

preventivo e de funcionamento baseado em *cognição sumária*, a fim de alcançar um modelo que possa atender a uma sociedade, cujas demandas são cada vez mais urgentes, em que a própria urgência se torna satisfativa, ensejando exponencial destaque para a categoria do risco, compondo um quadro que acaba forçando modificações, ainda que inconfessadas, nas clássicas metodologias de separação entre fato e direito.

A jurisdição deixa de caracterizar-se como uma função meramente substitutiva – na clássica premissa da impossibilidade de as “partes”, por si sós, comporem a “lide” (artigo 2º do Código de Processo Civil) - para assumir um papel estruturante e autônomo, independentemente, inclusive, da vontade das “partes”, a fim de concretizar os ditames constitucionais estruturantes e fundamentais.

Uma das conseqüências práticas inevitáveis do fenômeno é a diminuição de intensidade do chamado “princípio dispositivo” no processo – aquele eivado de rituais preclusivos, ônus, presunções e formalidades - para, em decorrência da natureza indisponível e essencialmente pública cada vez maior dos direitos postos em causa, com cada vez maior freqüência e amplitude nesses tempos, fazer com que o Estado-Juiz não seja apenas um inerte cancelador das “táticas” processuais bem sucedidas dos “mais habilitados”, para voltar-se efetivamente para uma jurisdição que atenda às reais necessidades dos jurisdicionados, segundo os ditames constitucionais referidos.

Não se desconhece, no entanto, forte movimento de escolas de pensamento jurídico, em nosso País, ainda apegadas aos dogmas do privatismo, à prevalência dos referidos “mitos da neutralidade, da inércia da jurisdição e da celeridade”, que teimam em apresentar projetos “reformistas” das leis processuais, inclusive quando solicitadas pelos governos, para fazer inserir retrocessos legais baseados em paradigmas ultrapassados, ainda que candente a iniquidade, a malícia e a hipocrisia, em processos que tratam, ou tangenciam com muita proximidade, questões relacionadas com direitos indisponíveis ou de público conteúdo.

Mas os fatos sempre acabam prevalecendo, mais cedo ou mais tarde, porque são aliados inseparáveis do tempo, este que se realiza com muita rapidez, e cuja velocidade o direito ²⁵ (objetivo, positivo ou positivado) não consegue acompanhar.

8 Ética como enfrentamento real dos problemas

A migração e a transmutação dos valores, sua ruptura, ressignificação, exclusão ou renovação, ou qualquer mecanismo ou ação tendente a encontrar solução para os problemas do direito, tudo acaba sempre esbarrando nas imposições da realidade fática.

O “mundo dos fatos” do qual o direito precisa dar conta é um mundo de imprevisíveis hecatombes climáticas e humanas. É um mundo em que a destinação de resíduos importa a todos e a todas as classes. Um mundo em que a sociedade se dá conta de que as precipitações pluviométricas não respeitam as “escrituras das terras”. Um mundo em que, a despeito das eventuais oportunidades, a exclusão é concreta e real. E toda exclusão será sempre uma forma de “poluição” insuperável da vida humana.

É chegado, mais uma vez, o tempo de um enfrentamento assumidamente realista. Escasseiam cada vez mais as “peneiras” e os “tapetes”, e o Sol continua a brilhar, e a poeira continua a se acumular sobre os cômodos do Mundo.

Sem “tapar o Sol com a peneira”²⁶ e sem “jogar a sujeira para baixo do tapete”²⁷, uma alternativa parte da constatação da necessidade de que o estudo da ética, como ciência da moral, seja assimilada pela cultura jurídica, para que se possa produzir uma ciência do direito que tenha como substrato e finalidade um humanismo real, efetivo e racional, cumprindo assim seus papéis indeclináveis nestes tempos, quais sejam de garantia da vida, da dignidade humana e da democracia²⁸.

A juridicização da sociedade produziu uma valorização significativa do direito como categoria estruturante, com maior autonomia e destaque em relação a muitas outras ciências, intensificando-se os discursos e os métodos de abordagem historicamente vinculados à cultura jurídica²⁹.

Todavia, a individualidade³⁰ que caracteriza o direito na atualidade, sobressaindo sua autonomia, principalmente em relação às ciências do mercado e da política, impõe aos juristas a reconstrução de uma metodologia própria, além de novos paradigmas estruturantes, sob pena de travestirem-se de jurídicos ultrapassados métodos e conceitos, que não mais correspondem às finalidades essenciais do direito no mundo contemporâneo, que são a vida e dignidade humana, a convivência humana e a preservação da espécie humana.

Existem dificuldades culturais para a compreensão do direito como uma ciência originária da ética, principalmente em face da famigerada dicotomia entre “jusnaturalismo” e “positivismo”, uma dicotomia pretensamente exauriente do espectro de abordagem da ciência jurídica.

Tal dicotomia (jusnaturalismo e positivismo) soa algo como perguntar “se dinheiro traz felicidade”, indagação que limita, por seu conteúdo reducionista e pretensamente exauriente, mas de forma capciosa, todos os possíveis critérios de aferição da felicidade a um “sim” ou a um “não”, que, de qualquer forma, no contexto delimitado pela pergunta, confirmam o dinheiro como único referencial para verificação daquele estado humano fundamental (felicidade). Não é preciso nenhum vínculo ideológico específico para constatar que isso não corresponde à realidade.

Mas é somente a partir dessa redescoberta de sua origem, que a ciência do direito atingirá de fato sua verdadeira autonomia e identidade, qualidade primordial para uma categoria cultural que ora experimenta exponencial relevância na estruturação e funcionamento da sociedade.

Não se nega que um dos problemas que se seguem é de natureza similar aos que, no passado, capitanearam as crises paradigmáticas da ciência jurídica: o risco sempre concreto e presente de que de tal maximização e supervalorização da autonomia do jurídico acabe desconectando a ciência do direito do humanismo que lhe é necessariamente imanente e estrutural, funcional e finalisticamente.

A esse problema somar-se-iam inevitáveis seqüelas, tais como a desqualificação do ensino jurídico, das profissões jurídicas, dos métodos de interpretação, aplicação e construção do direito.

Inegavelmente, contudo, o direito foi assumindo posição de cada vez maior importância na sociedade moderna, enquanto categoria estruturante, seja para a paz, para a liberdade, para a democracia, para a cidadania, seja para o desenvolvimento econômico ou para os direitos fundamentais. A trajetória evolutiva do constitucionalismo atesta essa realidade ³¹.

Na contemporaneidade, o fenômeno da juridicização pode ser melhor visualizado em sua singularidade, uma vez que está funcionalmente mais apartado das tradicionais superestruturas condicionantes e legitimantes, hauridas da política e da economia.

Afirma-se, como nunca, o direito como uma categoria cultural autônoma, não apenas em sua operacionalidade, mas também em sua estrutura e finalidade.

Para o estudo dessa ciência que se consolida como tal, na perspectiva exigida pelos fatores que a guindaram à condição de categoria estruturante da sociedade, correspondendo à sua essencial finalidade humanista, é imprescindível na atualidade - e esta é a hipótese aqui ventilada - a conexão metodológica, estrutural e finalística permanente com uma outra ciência do comportamento humano, anterior ao direito sob certo aspecto, mas que, em verdade, nunca dele se pode apartar: a ética.

Urge assimilar a necessidade de pesquisar os pontos de convergência e semelhança entre a ética e o direito, apontando a relação estrutural e metodológica necessariamente existente entre ambas, a fim de demonstrar a imprescindibilidade da incorporação do estudo da ciência da moral ao instrumental comum dos cientistas, intérpretes, aplicadores e construtores da ciência do direito.

E há, no mínimo, uma incontroversa razão de ordem prática que impõe essa perspectiva de abordagem: a compreensão sobre a constante modificação de paradigmas e de mecanismos do direito, no final do Século XX, início do Século XXI, seja no Brasil, seja no restante do mundo.

Há um movimento irrefreável no sentido de redefinir contornos e balizas das diversas disciplinas do direito, remetendo o estudioso para uma necessária e renovada contextualização do fenômeno jurídico, revisando, aprimorando e modificando conceitos até então enclausurados e inertes, por conta de uma cultura jurídica mais descritiva do que construtiva, mais utilitarista do que humanista, mais dedutiva do que dialética.

9 Política e mercado

As grandes questões da sociedade contemporânea, maximizadas suas repercussões na cultura, por conta também de uma crescente conectividade, invadem o até então quase eclesial ambiente da cultura jurídica, exigindo soluções urgentes e efetivas de parte da ciência do direito para os problemas reais e concretos que a política e o mercado não conseguem resolver.

É que a política, na acepção ora ventilada, assenta-se na idéia de cooptação da vontade da maioria, legitimando, assim, as opções de ocasião dos setores da sociedade momentaneamente hegemônicos. Mas a política não tende a considerar, em sua estrutura e funcionamento, os valores, não menos essenciais, das minorias.

O objetivo primordial e suficiente da política, na acepção em pauta, é legitimar uma idéia na vontade da maioria, não sendo lógico imaginar que incorpore ao seu discurso de legitimação o discurso de pertinência da vontade da minoria não hegemônica ³².

O mercado, por sua vez, assenta-se na noção de maximização do lucro individual ou de um grupo, com a pretensão de justificar, assim, a “garantia de liberdade de iniciativa” no campo econômico, tida como essencial ao desenvolvimento da sociedade. Mas o mercado não tende a considerar, em sua estrutura e funcionamento, os valores essenciais do humanismo real.

O mercado é essencialmente utilitarista, sendo ilógico imaginar que ações que não tenham tal sentido e finalidade possam integrar e motivar a prática dos agentes econômicos ³³. Até porque, de acordo com a estrutura que determina o funcionamento do mercado, as práticas somente são assimiladas por aqueles protagonistas, quando importem, ainda que não imediatamente, melhores resultados – econômicos – dos empreendimentos.

Desponta, assim, o direito como alternativa para o esquadramento das relações humanas e interações com o meio, bem como dos conflitos decorrentes, latentes ou em curso, podendo garantir o respeito à dignidade humana, viabilizando a convivência com as diversidades humanas, assentando, por fim, toda a dinâmica social no respeito aos valores fundamentais da vida e da democracia.

Sendo um sintoma cada vez mais acentuado a partir da industrialização, nos Séculos XIX e XX, maximiza-se, na atualidade, a juridicização da sociedade, apresentando-se o direito como a possibilidade de compatibilização, consciente e reflexiva, e de coexistência suficiente de valores ³⁴, incumbência para a qual a política e o mercado esbarraram em suas próprias limitações estruturais.

Nesse quadro, resulta evidente que quaisquer paradigmas hauridos da política e da economia, assim como todos os aspectos da cultura e das relações sociais, que pretendam ingresso no direito, haverão necessariamente de se submeter ao crivo da ética, pressuposto essencial para uma concepção do direito como uma ciência político-normativa assentada e finalisticamente focada no humanismo real, isto é, uma ciência que possa dar conta dos desafios impostos pela realidade contemporânea, com todas as suas diversidades ³⁵, construindo, interpretando e aplicando princípios, regras e sistemas que garantam a vida e dignidade humana, a convivência humana e a preservação da espécie humana.

É preciso que o direito, além da clássica metodologia descritiva, incorpore, permanentemente em seu funcionamento, simultânea crítica e contextualização, transitando entre mecanismos dedutivos e indutivos, qualitativos e quantitativos, não deixando de utilizar comparações e simetrias, ponderações e sopesamentos, mas buscando sempre a construção de conclusões de forma dialética, sem se afastar do humanismo real e concretamente necessário.

10 O “pensar” e o “mundo jurídico”

A concepção dita “positivista” – e mesmo algumas nominadas pós-positivistas – de não aceitar que existam direitos subjetivos e fatos juridicamente relevantes inclusive antes das leis, regras e princípios correlatos, se não for devidamente revisada, contextualizada, reinterpretada, adequada, enfim, à nova realidade do Século XXI, pode levar a resultados tão ou mais catastróficos quanto os já havidos no caminho já trilhado pela Humanidade.

Para tanto, importa que se tenham presentes noções básicas, preparando a estrutura sobre a qual se assentará uma afirmação tão fundamental quanto óbvia, embora pouco cogitada, sob o viés que ora se apresenta: o direito é pensamento, isto é, o fenômeno jurídico é um fenômeno do pensamento.

A incidência – partindo-se do conceito de PONTES³⁶ - da norma sobre o suporte fático, ocorre no pensamento. A juridicização é um pensamento, assim como o fenômeno jurídico, em seu sentido estrito, é um pensamento, que, como tal, ocorre na mente dos seres humanos. Dessa forma, importa concluir, *a priori* e no sentido proposto, que o “mundo jurídico” ocorre na mente dos seres humanos.

Em função de tais pensamentos, de tais “fenômenos jurídicos”, de tais “incidências”, de tais “juridicizações”, em decorrência disso tudo podem os seres humanos agir de uma forma ou de outra, podem inclusive ser compelidos por outros seres humanos a fazer ou a não fazer, pode o mundo concreto, enfim, pela interferência dos seres humanos, sofrer alterações. Mas isso tudo é efeito do “fenômeno jurídico” *stricto sensu*, o da incidência, o da norma sobre o suporte fático, que ocorre, antes de tudo, na mente dos seres humanos. O direito é, pois, antes de tudo, pensamento.

Antes de interromper a caminhada, por conta de críticas sobre um possível “psicologismo jurídico”, importa revigorar alguns conceitos que servirão também para

estruturar, com racionalidade e segurança, as bases, os alicerces, a estrutura, enfim, apta a sustentar as afirmações feitas e as que se seguirão.

Veja-se que Homem realiza, grosso modo, duas ordens de atividades fundamentais: o pensar - em sentido amplo - e o agir - também em sentido amplo, incluindo a inércia. Fundamental que se localizem ³⁷ tais atividades na realidade físico-espáço-temporal do Homem.

O agir, em regra, ocorre no mundo físico, isto é, produz alguma alteração material no mundo, a partir, inclusive, do próprio corpo do agente. O pensar ocorre na mente humana e, embora seja apto a produzir também alterações no corpo do próprio pensante, não produz, por si só, alteração material no mundo externo - embora existam teorias e experimentos que atestem tal possibilidade. Todavia, de regra, o pensar é uma representação, um fenômeno que acontece na mente humana, que, no máximo, é apto a produzir alterações materiais no corpo do pensante.

Simplificadamente, assim como o que até aqui se delineou, pode-se afirmar que o pensar ocorre de duas formas básicas, isto é, com o predomínio ora de uma ora de outra finalidade essencial, para determinado pensamento, em determinado momento. Pode-se dizer, grosso modo, que o pensar se realiza para conhecer ou para avaliar. Ora o pensar opera para, preponderantemente, conhecer, exercendo uma aptidão cognitiva; ora o pensar opera para, preponderantemente, avaliar, exercendo uma aptidão volitiva.

Diz-se “preponderantemente” ou “com predomínio”, pois, em verdade, o fenômeno pensar nunca se dá apenas para conhecer ou apenas para avaliar. Trata-se de um fenômeno complexo, em que as aptidões cognitiva e volitiva funcionam concomitantemente sempre, havendo, a rigor, um predomínio de uma ou de outra, conforme a finalidade preponderantemente necessária em determinado pensamento, em determinado momento.

Mantendo a simplificação, observa-se que o conhecer, enquanto forma do pensar, pode ser consciente ou inconsciente.

Nisso não há incongruência, pois o pensar está aqui delineado em sentido amplo, isto é, como equivalente a processo mental, que não necessariamente ocorre de forma consciente.

Exemplifica-se: na leitura de um livro de ficção, há, preponderantemente, um processo mental consciente de cognição, pois é captada pela mente,

conscientemente, uma mensagem proposta pelo texto em linguagem escrita; mas o fenômeno da cognição pode ser também inconsciente, como quando, sem prestar atenção, sem “botar sentido”³⁸, sem fixar o olhar em uma paisagem, local ou fato, a mente, mesmo assim, registra objetos, cores, sons, odores, movimentos, formas, em suma, fatos ali ocorrentes e existentes, embora o faça inconscientemente, uma vez que, naquele momento, a “consciência” estava voltada, conscientemente, para a apreensão de outro dado qualquer da realidade observada.

Existem várias situações constatadas pelo senso comum que confirmam tais ocorrências.

Nessa linha, pois, o conhecer, enquanto funcionamento do pensar, pode ocorrer de forma consciente ou inconsciente.

O avaliar, também enquanto funcionamento do pensar, pode também ser consciente ou inconsciente. E, da mesma forma, tal como na explicação sobre o pensar, não há incongruência nisso, pois o avaliar está aqui também delineado em sentido amplo, isto é, como equivalente a processo mental, que não necessariamente ocorre de forma consciente.

Em última análise, portanto, vale sempre lembrar que os processos, as construções, os juízos, as justificativas, as argumentações, as fundamentações, etc, como mecanismos e resultados próprios do fenômeno jurídico, ocorrem fundamentalmente na mente dos seres humanos. O “mundo jurídico” é, a rigor, uma realidade constituída no pensamento humano.

11 “Mundo dos fatos” como necessidade para o “mundo jurídico”

Atualmente, não é preciso muito esforço para observar que, cada vez mais, ganha substância, em todos os setores, a caracterização dos “fatos do mundo” como “fatos jurídicos”, isto é, com efeitos necessários e passíveis de reclamação perante o Estado, ou entidade similar, independentemente de previsão expressa em leis, regras ou princípios, como é o caso dos direitos fundamentais (aqueles positivados – expressamente ou não - em normas constitucionais).

A situação pode ficar mais complicada, quando se depara o aplicador com o novo fundamento e abrangência do conceito de cidadania ou de dignidade do Homem, por exemplo, ou mesmo com direitos fundados em diplomas externos (tratados sobre direitos humanos), ou ainda nos chamados “direitos do Homem”, que se ligam à dignidade da pessoa humana, positivados ou não em tratados

internacionais (de direitos humanos), positivados ou não nas constituições dos países (direitos fundamentais).

É mais do que oportuna, portanto, uma retomada da reflexão jurídica ³⁹: aos olhos do *homo socialis*, tudo que está no mundo dos fatos está também no mundo jurídico. Isso de dizer que apenas uma parte do mundo dos fatos é “selecionada” pelo mundo jurídico revela não mais do que uma parte da realidade, posto que se baseia a assertiva, muitas vezes, em uma representação descompromissada com a racionalidade e a lógica que informam qualquer ciência.

Tais concepções consideram o direito como “um livro de história”, e não mais, sem qualquer pretensão ofensiva a qualquer doutrina, compreensão insuficiente para uma ciência tão essencial à Humanidade quanto o direito. Observam assim o direito, não como um processo em permanente construção e reconstrução, mas como uma imagem captada em determinado momento e como tal armazenada em um “banco de dados”.

É claro que existem fatos do mundo que, em dado momento histórico, em dado lugar, são guindados politicamente à normatização, através de institutos jurídicos. Existem outros que não o são, naquelas circunstâncias.

Todavia, a qualquer tempo, todos os fatos do mundo poderão ser jurídicos, na medida em que sejam alvos de consideração – que pode ser até a-jurídica em dado momento – por algum ser humano.

Se o fato do mundo é sensível ao Homem, conscientemente ou não, isso basta para que seja considerado jurídico. Não há necessidade de que o direito positivo “escolha” os fatos do mundo para que sejam, em decorrência disso, “jurídicos”.

Mesmo que não haja lei, não haja norma jurídica, no Brasil, por exemplo, é garantido o acesso à jurisdição. Pode haver uma situação nunca ocorrida, sem previsão em norma, sem precedente jurisprudencial, sem cogitação anterior em qualquer doutrina, mas, mesmo assim, passível de ser declinada em juízo, com lastro na garantia do direito fundamental à prestação jurisdicional.

E que tipo de relação jurídica (*lato sensu*) que constitui, que integra, que “preenche”, a relação jurídica de direito processual? A resposta tradicionalmente apresentada é a de que é a relação jurídica de direito material que constitui a relação processual.

Mas se aqueles “fatos do mundo” não são “jurídicos”, como podem ser “relações jurídicas de direito material” e como poderão “integrar” a relação jurídica de direito processual?

É porque eles já eram jurídicos antes da relação processual. Sempre foram, aliás, por conta de sua aptidão a tanto, integrantes da mesma realidade em que se faz presente o Homem, que é o fundamento e propósito do próprio direito.

Dizer que são “escolhidos” fatos do mundo pelo direito positivo pode revelar também uma inconfessada intenção defensiva, que teima existir, em razão da “incerteza” que pode gerar uma tal concepção “aberta” de “mundo jurídico”, tal como ora postulada.

Mas não há como escapar: se o direito é inato ao ser humano, todo fato que diga respeito, ou possa dizer respeito, ao “ser” ou “estar” do Homem no mundo dos fatos poderá ser, por isso mesmo, e não mais do que por isso mesmo, um fato jurídico.

Daí que é, hodiernamente, plenamente defensável a idéia de direito à integridade física ou à proteção contra a tortura, por exemplo, ainda que o sistema jurídico de determinado Estado não disponha a respeito disso, pois é cada vez mais presente e aceita a idéia de que organismos internacionais de justiça e ou de direitos humanos não se adstringem ao limite da soberania de um Estado, quando em questão a defesa internacional dos direitos humanos.

Desde logo cabe lembrar: se tal fundamento do agir protetivo ou defensivo internacional ostenta o risco de ser usado capciosamente, observa-se que se trata de um risco que aqui se faz presente tanto quanto em qualquer outra seara de aplicação do direito.

Mas com uma visão horizontal e verticalmente ampliada, importando da ética a noção de que o direito é imanente ao *homo socialis*, é possível ratificar contornos e muitos conteúdos de PONTES⁴⁰, para citar um vigoroso e respeitável exemplo de abordagem jurídica, dentre as que até então se manifestaram na doutrina, incluindo-as como constituintes daquilo que se poderia chamar de uma teoria geral da ciência do direito.

12 Funcionamento moral

Se uma pessoa, uma cidade, um grupo de pessoas, um ermitão das montanhas, qualquer um desses vê, do torrão em que se assenta, lá, ao céu, o

movimento de nuvens, dita pessoa estará a ver um fato jurídico *lato sensu*. A chuva pode ser um fato jurídico. O vento, também. Todo fato do mundo é jurídico, desde que perceptível por um único *homo*.

A nuvem, a chuva, o vento, fatos sensíveis ao ser humano, por assim estarem, são jurídicos, porque todo fato sensível ao ser humano é passível de juridicidade, porque o ser humano é estrutural, funcional e finalisticamente social, sendo esse o ponto de partida para a constatação da aptidão do *homo* ao jurídico: ser social.

Em outras palavras, se um *homo* pode ver a nuvem ou a chuva, é porque qualquer outro *homo* também pode fazê-lo.

E se o *homo* é ontologicamente apto ao (funcionamento) jurídico, todo fato que puder ou tiver relação com o ser humano será jurídico, porque o ser humano, ainda que solitariamente a agir sobre uma porção de areia no deserto, fá-lo sem poder despir-se da essência que o constitui: a de um ser fundamentalmente social.

Aqueles fatos do mundo, que não foram percebidos ou que não são perceptíveis, somente não foram percebidos ou não são perceptíveis; quando forem percebidos, ou quando forem ao menos perceptíveis pelo Homem, desde então jurídicos também serão, porque, nessa qualidade, poderão constituir o objeto das relações (jurídicas) travadas pelos seres humanos.

Isso tudo, repita-se, porque o jurídico é imanente ao ser humano, tanto quanto sua condição estrutural, funcional e finalisticamente social, que lhe é constitutiva (ontológica).

O jurídico, pois, decorre da natureza humana. É condição humana. É decorrência de sua forma de existência gregária e semiótica. O jurídico é um estágio de maior complexidade, que por isso se particulariza como tal; mas não deixa de se caracterizar como um fenômeno humano (jurídico) de matriz comum a um outro fenômeno (humano), qual seja o funcionamento moral.

O *homo socialis* é o único ser na Terra que tem, ontologicamente, esse funcionamento característico. Funcionamento moral. Em decorrência também da sua capacidade semiótica (linguagem, em sentido amplo) e, por conseguinte, de sua capacidade de produzir conhecimento, aliada à sua inata condição de ser social, é o *homo socialis* capaz de desencadear resultados psicológico-semiótico-práticos, a partir de um funcionamento moral que lhe é peculiar.

Então, o indivíduo/grupo se depara com problemas práticos, que se apresentam – para os indivíduos e para os grupos – e deles ninguém se pode eximir. O Homem sempre toma uma “decisão refletida” ⁴¹, isto é, que não é puramente espontânea ou “natural”, mas depende de alguma forma ou margem de deliberação ou escolha.

Com pretensão não mais do que didática, é possível afirmar que o funcionamento moral do Homem desencadeia sempre resultados psicológico-semiótico-práticos, com categorias de funcionamento que incluem, necessária e simultaneamente, (A) um conjunto de comportamentos práticos-morais do indivíduo e ou do grupo; (B) um conjunto de julgamentos morais do indivíduo e ou do grupo; (C) um conjunto de reflexões morais do indivíduo e ou do grupo; (D) um conjunto de normas morais; e (E) um conjunto de justificativas morais do indivíduo e ou do grupo.

Vale ressaltar que o conjunto de julgamentos morais do indivíduo e ou do grupo (B) é objeto de um campo específico chamado por muitos de metaética, isto é, o estudo dos juízos e julgamentos morais. E é certo que o conjunto dos julgamentos morais do indivíduo e ou do grupo concorre significativamente para a formação das normas morais (D).

Mas é no conjunto de reflexões morais do indivíduo e do grupo (C) que se foca, de partida, o estudo da ética, também chamada de teoria da moral. Vale lembrar, outrossim, que tal conjunto de reflexões morais do indivíduo e do grupo, isto é, os resultados das investigações da ética, também concorrem para a formação das normas morais (D).

Resulta intuitivo, pois, que as normas morais são produtos da interação de todas as categorias (A, B, C, D e E), incluindo as próprias normas morais, podendo-se, no máximo, vislumbrar, por vezes, uma certa influência predominante do conjunto de julgamentos morais do grupo (B) e do conjunto de justificativas morais do grupo (E).

A presença ou a participação de uma ou mais das categorias A, B, C, D e E na interação que produz as normas morais pode ser ínfima, sendo certo que se trata de uma interação constante, isto é, de um processo, observando-se que as normas morais, em verdade, não são uma categoria estática, mas correspondem a um embate e evolução permanentes, podendo, inclusive, haver modificação nas predominâncias das categorias que interagem.

O limite de tal processo de interação das categorias, que constitui e reconstitui permanentemente a norma moral, é o da extinção da própria norma moral, com o surgimento ou não de uma nova, isto é, uma modificação de tal forma estrutural e diferenciadora que corresponde ao desaparecimento da norma moral.

Mas é certo que dita norma está em permanente processo de constituição *lato sensu*, pela interação constante das categorias referidas, observando-se que, na realidade, a situação mais comum de funcionamento desse processo é a de modificações ou alterações parciais das normas morais, ora em maior grau, ora em menor grau, ora com predominância de uma categoria, ora com predominância de outra categoria.

O que é importante enfatizar é que a norma moral é sempre resultado daquela interação das categorias do funcionamento moral do Homem, caracterizando-se como um fenômeno em constante construção e reconstrução, não se devendo, a não ser para efeito didático, concebê-la como algo estático, pois se trata de algo essencialmente dinâmico.

Uma característica digna de nota da norma moral é a sanção moral, que é, também, um seu elemento constituinte e que também se modifica constantemente, no processo de interação das categorias. Trata-se, em verdade, de um mecanismo de referência no funcionamento moral, seja para dar maior estabilidade à norma moral, seja para sinalizar a maior ou menor possibilidade de modificação da norma moral.

Tudo isso serve para dizer que a ciência ocupada de tais investigações é a ética, porque tem por objeto o estudo de todas as categorias referidas, no tempo e no espaço, bem assim do seu funcionamento.

Calha ressaltar, acerca da categoria das justificativas morais (E), que comportam duas formas de expressão: a justificativa interna e a justificativa externa.

Ressalta-se, também, que tais formas de expressão podem se dar tanto nas justificativas do indivíduo, como nas justificativas do grupo, sendo certo que, muitas vezes, aquilo que se vislumbra como uma justificativa externa do grupo, não necessariamente corresponde a uma justificativa interna de igual natureza, que existe na consciência daquele grupo, mas que não é dita, não é expressa, por questões próprias do funcionamento moral do Homem.

É, portanto, fundamental a compreensão de que, sejam as justificativas internas, sejam as justificativas externas, sejam do indivíduo, sejam do grupo, a

categoria das justificativas influencia sempre, novamente e reiteradamente, no presente e no futuro, tanto no indivíduo, como no grupo, atuando no processo de interação das demais categorias do funcionamento moral do Homem.

É, aliás, no âmbito das justificativas morais que ganham destaque as idéias sobre semiótica (teoria dos signos), semiologia (teoria da linguagem) e lingüística (teoria da linguagem verbal), como lembra LÚCIA SANTAELLA, em seu *O que é semiótica*.

13 Moral e direito

Como dito, a moral - ou o funcionamento moral - é inerente ao ser humano. O direito, portanto, como um produto político-normativo sempre transitório e dinâmico da moral, também o é. Possível afirmar-se, com efeito, que o âmbito do dever-ser é indissociável da realidade do Homem.

Dizer que o direito evolui, purifica-se, modifica-se, amolda-se, aumenta ou diminui seu campo de incidência, não pode levar à conclusão de que o direito constitui uma realidade transitória ou finita para a Humanidade. Por certo não haverá o dia em que não será mais necessário o direito, porque também por certo dia tal não haverá em que o funcionamento moral não seja mais próprio da essência humana.

Outrossim, a percepção do direito como uma categoria imanente do ser humano não significa que possa ser concebido como uma realidade estática, como já dito. O direito é um processo de permanente construção e reconstrução social, histórica e dialética do dever-ser, sempre vinculado a uma base econômica e com funcionamento cultural.

Dita base econômica é o ponto de partida das ações práticas do indivíduo e do grupo, pois o primeiro desafio do Homem é a satisfação de suas necessidades de ordem material.

O funcionamento cultural decorre da capacidade humana de aprender com as experiências do passado e de criar soluções para seus problemas presentes e futuros, figurando a partir daí a crescente e cada vez mais complexa utilização da linguagem, demonstração da natural e vital propensão do Homem à socialidade.

E é a socialidade humana – que também se expressa nesse processo de permanente construção e reconstrução histórica e dialética do dever-ser - que possibilita a satisfação das necessidades humanas.

O direito é, pois, dinâmico, assim como dinâmica é a realidade do Homem, o que não significa uma imprópria relativização de sua essência. Ao contrário, tal natureza dinâmica do direito significa que, sendo mecanismo próprio da socialidade humana, não perde de vista nunca suas finalidades básicas de proteção e qualificação da vida e dignidade do ser humano, bem como da preservação da espécie humana.

14 Ética e direito

Direito (do latim *directum*, direto, reto, correto, direito) pode designar diversos objetos culturais que guardam conexões e semelhanças em diversos aspectos.

Pode ser entendido como o conjunto de normas obrigatórias que disciplinam as relações humanas (direito positivo ou positivado). Pode ser visualizado como o conjunto de valores que informam a criação das normas jurídicas. Direito pode também ser interpretado em sua perspectiva individual e concreta, como o poder de agir ou não agir deferido a um sujeito. Pode, enfim, ser entendido como uma ciência que se dedica ao estudo de tais normas, valores e poderes.

Em verdade, observada a evolução histórica da doutrina jurídica, não é difícil constatar que o conceito de direito tende a balizar-se a partir da predominância de uma ou mais das vertentes conceituais referidas, quais sejam norma, valor, poder e ciência, em cada momento histórico, observado o contexto econômico, social e cultural.

Conhecer, relacionar e integrar as concepções do jurídico, buscando extrair definições congruentes com o mote humanista da ciência do direito, além de explorar instrumentos metodológicos úteis ao referido propósito na atualidade, buscando a compreensão do direito como um fenômeno, um processo permanente de construção e reconstrução do dever-ser, tudo isso se afigura essencial para uma ciência do direito que se proponha a lidar com as complexas questões da sociedade contemporânea, preparando o intérprete para vencer os tradicionais preconceitos aos ideários pejorativamente ditos “abertos, vagos ou ecléticos”, sob as conhecidas críticas do relativismo, da insegurança e da imprecisão conceitual.

Nesses tempos, uma postura dita mais eclética, ou menos petrificada, não revela necessariamente superficialidade ou falta de higiene metodológica. Os paradoxos e contradições são também expressão da realidade humana. Eles são inerentes ao Homem. E estão em evidência na sociedade contemporânea.

Para atender a essa realidade é que se propõe uma ciência do direito imanizada permanentemente pela ética, a ciência do comportamento moral do Homem. Isso porque é no comportamento humano que se concretiza o dever-ser. É, portanto, fundamentalmente com problemas éticos que o direito está lidando neste limiar de terceiro milênio.

As doutrinas éticas fundamentais nascem e se desenvolvem em diferentes épocas e sociedades como respostas aos problemas básicos apresentados pelas relações entre os homens, e, em particular, pelo seu comportamento moral efetivo. O essencial é compreender que tais doutrinas devem ser entendidas como reflexos de uma constante mutação da vida social, tanto quanto quaisquer categorias da cultura.

É possível conceituar a ética como sendo a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. A ética não se identifica com nenhuma moral. Mas também não é indiferente a nenhuma delas. A ética também não é simplesmente eclética e nem reducionista em sua abordagem sobre a moral. Não se limita ao estudo das normas morais. Não é uma disciplina normativa. Também não se esgota no estudo dos juízos morais, alvo da chamada metaética, ou no estudo das justificativas morais, propósito que pertence às investigações sobre a linguagem da moral.

A ética estuda a moral, enquanto atributo da espécie humana. Moral, isto é, o funcionamento moral, que é inerente ao Homem. Esse conteúdo moral do ser humano se observa em características fundamentais, que identificam essa natureza propensa a tal funcionamento: o Homem é um ser essencialmente prático, social, histórico e dialético, e, por conseguinte, moral.

A ética, portanto, não está a serviço de qualquer moral concreta, mas também não está a margem de nenhuma, pois constituem também seu objeto de estudo, que vai, além do conhecimento da moral historicamente construída, até a compreensão do funcionamento moral do Homem, seja na incessante busca da satisfação de suas necessidades, seja no consciente exercício da sua liberdade.

Às perguntas sobre como haverá o Homem de atender suas necessidades e de exercer sua liberdade responderão, por certo, tanto a ética, como o direito. Ditas ciências, por certo, não apresentarão respostas divergentes entre si a respeito de tais questões, uma vez que estão assentadas ambas a partir do mesmo objeto originário e fundante: o ser humano, único que se constitui e funciona moralmente.

A eventual divergência entre as respostas da ética e do direito às perguntas fundamentais referidas indicará falha no método, ou outro motivo de ordem política, caracterizando desvio das balizas que orientam o trabalho de qualquer ciência, concebida como obra racional da cultura humana: toda ciência tem por finalidade preservar e qualificar a vida humana, bem como garantir a preservação da espécie humana.

15 Conclusão - Passivo a descoberto ⁴²

A complexidade das relações sociais, tal como alcançada na contemporaneidade, notadamente em face do desenvolvimento tecnológico e da geométrica e constante conectividade cultural e de mercados, impulsionou modificações de paradigmas no enfrentamento dos problemas humanos fundamentais.

Contudo, enfatizando inicialmente questões relacionadas à extensão do papel do Estado na economia e aos riscos ecológicos das atividades econômicas, mesmo com tais renovações impulsionadas pelos ventos que já sopravam desde o Pós-Guerra, o direito se manteve fortemente atrelado aos dogmas do liberalismo, no final do Século XX.

Não resta dúvida, no entanto, que houve progressiva mudança do cenário cultural e político, notadamente a partir da segunda metade do Século XX, quando, a nível mundial, ganhava expressão de relevo a necessidade vital de pactuação de convivência possível entre interesses essencial e irredutivelmente antagônicos.

Incontroverso, aliás, que é através da resignificação do direito constitucional que, após a II Guerra, as sociedades ⁴³ buscaram efetivar os valores tidos como indispensáveis, ou vitoriosos, nas disputas internas de cada sociedade, convergindo-se, cada vez mais, para uma espécie de “juridicização” das questões econômicas, políticas e sociais.

A constitucionalização do direito é também um desdobramento lógico do fenômeno, pois, se as constituições passam cada vez mais a descrever, delimitar e ou regular os valores em latente disputa na sociedade, é natural que o direito infraconstitucional seja aplicado também a partir das descrições, delimitações e ou regulações das normas fundamentais, expressando-se, repetindo-se e renovando-se, no dia-a-dia da aplicação da lei, os valores fundamentais traçados pela Lei Estruturante, bem assim as disputas constantes na sociedade a respeito.

Diante de tal processo, foi e é cada vez menos simples alardear o até então sempre virtuoso “direito à liberdade sem limites”, nos moldes confortáveis da doutrina liberal, pois é chegado o tempo de a exercerem (a liberdade), de forma plena e efetiva, aqueles que até então eram dela apenas formais e indiferentes titulares.

De qualquer forma, a constitucionalização do direito, com o assentamento da cultura de supremacia das constituições e de ressignificação de sua força normativa, com o aprimoramento, difusão e expansão da jurisdição constitucional e, em última análise, com a mudança de paradigmas dos sistemas jurídicos, é indicativo suficiente de que, no âmbito da ciência do direito, os problemas fundamentais Homem foram e serão cada vez mais alvos constantes das preocupações da doutrina jurídica, ainda que muitas vezes deliberadamente se mostre mais interessada em mitigar, em dissimular e, até mesmo, em ocultar os reais conflitos e contradições existentes na sociedade.

Fenômeno que já se expressava substancialmente através da evolução do constitucionalismo e dos insucessos consecutivos da política e do mercado, enquanto categorias estruturantes da sociedade, a ressignificação e expansão do direito ganha especial reforço com a autofágica derrota do liberalismo econômico deste início de Século XXI, propiciando a relativização de conceitos e dogmas até então intocáveis, fortemente guarnecidos pelos escudos do utilitarismo e do pragmatismo.

Trata-se de oportunidade histórica para que o direito seja guindado a provedor efetivo da vida, da dignidade e da convivência humanas, liberando-se das amarras que o mantinham atrelado a dogmas calcificantes, impeditivos de sua essencial funcionalidade, necessariamente vinculada à realidade dinâmica da sociedade.

Evidencia-se, por fim, o dilema prático tradicional da ciência jurídica, qual seja aquele dizente com a interpretação e aplicação da norma, isto é, se deve preponderar ou não, e até que ponto, a expressão da norma positivada.

Mesmo com a utilização das modernas teorias discursivas, das técnicas de interpretação, dos conceitos da hermenêutica, resta um significativo e crescente “passivo a descoberto” na sociedade contemporânea, no aguardo de soluções que o direito somente poderá encontrar, na medida em que retornar à sua fonte primordial de interpretação da realidade humana: a ética.

Mesmo proposições respeitáveis e de inegável consistência prática, como aquelas que vislumbram na linguagem, não apenas instrumento, mas condição essencial da própria hermenêutica, esbarram na necessidade de um substrato ético que possa informar as valorações e opções que sempre acabam se impondo ao intérprete.

Vale lembrar, nessa linha, a advertência de LENIO LUIZ STRECK ⁴⁴, para quem regradar a aplicação dos princípios é transformá-los em regras, defendendo que representa também um perigo uma tal postura indiscriminadamente exegético-dogmática, que acaba por abrir as portas para a discricionariedade interpretativa sem limites.

Todavia, não é difícil nesse passo imaginar a pertinência de conectar a ética e a ciência do direito, não menos pela intuitiva relação de continência da segunda na primeira, mas também pela importância de incorporar ao direito métodos de abordagem da ciência da moral.

Em verdade, a contemporaneidade, especialmente depois da epiléptica crise de outubro de 2008, trouxe à baila novamente as questões que estavam adiadas pelas prioridades clássicas do utilitarismo e do pragmatismo, como dito.

São, em última análise, as velhas contradições fundamentais que, agora, encontram cada vez menos viabilidade de solução nos formulários hermenêuticos tradicionais.

As soluções normalmente apontadas pelas ciências do mercado e da política, chanceladas por uma doutrina jurídica muitas vezes carente de autonomia e identidade, caracterizam-se pela imprevisibilidade de seus efeitos, sempre posteriores, sem falar no seu diuturno insucesso na prática social.

Por mais que se comprometam os agentes da cultura – mídia falada, escrita e televisiva, por exemplo - com a chancela de resultados apontados pela política e pelo mercado, não há garantia de confirmação das premissas sobre as quais se assentam suas previsões.

Na sociedade contemporânea, tecnologicamente hiperconectada e interdependente, os efeitos dos fatos e das ações humanas são cada vez mais instantâneos, abrangentes e profundos, sendo insuficientes os métodos tradicionais para acompanhar a velocidade das transformações operadas, resultando que o direito, por sua tendência a produzir efeitos imediatos e previsíveis, mostra-se como regulação apropriada, desde que seja também fruto de uma ciência apta a

acompanhar tal velocidade, sem descuidar da humanidade necessária a qualquer ciência ou forma de regulação.

Nesse quadro de industrialização intensiva, de megalopolização urbana e de conexão digital, rompendo-se, em progressão geométrica, as barreiras formais às interpenetrações mercadológicas e culturais, surgem novos e inarredáveis desafios para o direito, cuja tarefa não é mais a regulação de relações entre sujeitos “ativo e passivo”: as condutas e relações reguladas pelo direito na atualidade são relevantes, em regra, para toda a coletividade.

Não é mais incomum que os efeitos de determinadas relações jurídicas possam afetar, cada vez mais, de forma instantânea, contundente e abrangente, o meio ambiente e as relações sociais.

Na era da engenharia e manipulação genéticas, da computação quântica, das redes digitais, da produção verde ⁴⁵, do controle climático, da fusão nuclear ⁴⁶ e da célula de hidrogênio combustível ⁴⁷, na era da multiplicação de tecidos e da biocibernética, da morte assistida ⁴⁸, além de tantas outras questões que surgem a todo momento, configurando uma época em que é preciso buscar novos paradigmas para decidir, será na ética o ponto de referência e de partida da ciência do direito, para poder encontrar as respostas necessárias à vida, à dignidade e à preservação da espécie humana.

É preciso que a ciência do direito aprenda a conviver com a incerteza, com a imprecisão, com a transitoriedade dos conceitos.

Se os tradicionais métodos da ciência jurídica, na sua pressuposição de verdades absolutas e imutáveis, positivadas expressamente ou não, seja em ordenamentos escritos ou fundados em precedentes, normalmente importadas de “virtuosos” conceitos hegemônicos da economia e da política, a partir destes tempos, não forem adaptados – pelo menos – a essa nova realidade da sociedade contemporânea e que se vislumbra já no futuro próximo, contribuirão mais ainda para o agravamento dos problemas.

E essa adaptação pressupõe o reconhecimento de limitações, com um necessário e saudável retorno da ciência do direito aos seus mananciais éticos, muitas vezes esquecidos pelo pensamento jurídico.

Epílogo

Existem enfrentamentos inarredáveis. Adiáveis, talvez. Mas, por certo, sem chance de que não se operem na prática da vida. É da natureza humana funcionar na base de perguntas e, quiçá, de respostas.

Mas é preciso ter presente: resposta é resultado de uma descrição. É algo estático, fixo, ou feita para ser fixada. Pergunta, não. Pergunta corresponde sempre a uma “ação mental”.

Pergunta é processo; resposta é estado.

Na realidade, então, é a pergunta constitutiva da essência humana. É possível dizer que a Humanidade resulta da pergunta. A humanidade também. E a desumanidade também.

Transformar capciosamente em pergunta aquilo que não passa de resposta é dos mais perversos atos de desumanidade. Isso, porque atenta contra a essência, contra o fundamental, contra a estrutura.

Mas no que consiste o enfrentamento?

Em responder?

Não, o enfrentamento é perguntar. Submeter ao encantado crivo da pergunta é o mais humano dos enfrentamentos.

E não é a resposta que ilude, mascara, profana inconfessadamente. É a pergunta desumana. O mais profundo e destrutivo golpe no pensar humano é a pergunta capciosa. É ela que desvia, que aponta para o vazio ofuscado pela moldura da hipocrisia. É ela que suga e seca a humanidade do pensar que só pode existir pela pergunta.

Que todas as perguntas levem a mais perguntas, e que nenhuma pergunta esteja por completo respondida.

Que todos perguntem e possam sempre todos perguntar.

Que se preserve e estimule a humanidade dos seres humanos, combatendo-se a desumanidade, inclusive e fundamentalmente, nas perguntas.

Obras consultadas

ALTHUSSER, Louis. *Freud e Lacan – Marx e Freud*. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito, filosofia e metodologia jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BOFF, Leonardo. *Ética e Moral – A busca dos fundamentos*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

BORÓN, Atilio. *Pós-Neoliberalismo – As políticas sociais e o Estado Democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

_____. *Filosofia política marxista*. São Paulo: Cortez, 2003.

BORÓN, Atilio; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina. *A teoria marxista hoje – Problemas e perspectivas*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: Barroso, Luís Roberto (coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEMO, Pedro. *Éticas multiculturais – Sobre a convivência humana possível*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

EVANGELISTA, Mário Luiz Santos; GÜLLICH, Roque Ismael da Costa; LOVATO, Adalberto. *Metodologia da pesquisa: normas para apresentação de trabalhos: redação, formatação e editoração*. Três de Maio: SETREM, 2007.

FORBES, Jorge; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A invenção do futuro – Um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade*. São Paulo: Manole, 2006.

GENRO, Tarso. *Introdução crítica ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

GIACOMUZZI, Vladimir. *O direito penal e o novo código penal brasileiro*. Porto Alegre: ESMP, 1985.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica e constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro, 2001.

GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. São Paulo: Papirus, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa – Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987-A.

_____ *Teoría de la acción comunicativa – Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1987-B.

LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfoses da cultura liberal – Ética – Mídia – Empresa*. Porto Alegre: Sulina, 2004.

_____ *A Era do vazio – Ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2006.

_____ *A sociedade da decepção*. São Paulo: Manole, 2006.

_____ *O império do efêmero. A moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____ *A felicidade paradoxal. Ensaio sobre uma sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito – A expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LUKÁCS, Georg. *Ontologia do ser social: princípios ontológicos fundamentais de Marx*. São Paulo: Ciências Humanas, 1972.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Mário Osório. *Escrever é preciso – O princípio da pesquisa*. Ijuí: Unijuí, 2001.

MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

_____ *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____ *Salário, preço e lucro*. São Paulo: Centauro, 2005.

_____ *O capital*. São Paulo: Abril, 1985.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Textos sobre educação e ensino*. São Paulo: Centauro, 2006.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979.

PEGORARO, Olinto. *Ética dos maiores mestres através da história*. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 2002.

PRADO, Eleutério. *Habermas contra Marx: crítica e crítica da crítica*. Artigo. São Paulo: USP, 2003.

PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das certezas*. São Paulo: Editora da Unesp, 1996.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTAELLA, *O que é semiótica*. Projeto democratização da leitura, 2005.

SOUZA, Ricardo Timm. *Ética como fundamento - Uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEIXEIRA, Francisco; FREDERICO, Celso. *Marx no Século XXI*. São Paulo: Cortez, 2008.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

VYGOTSKY, Lev Semionovitch. *A formação social da mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1984.

_____ *Pensamento e linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

WAAL, Frans de. *Eu, primata – Por que somos como somos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WIKIPÉDIA. Enciclopédia multilingue “online” livre e colaborativa. Fundação Wikimedia, EUA. Endereço eletrônico <http://pt.wikipedia.org/>.

-
- 1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, Tomo I, Capítulo I, § 2º Mundo e fato, 1 Mudança no mundo.
 - 2 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Opere citato*, § 1º Conceito de regra jurídica, 4 Fatos jurídicos e eficácia jurídica.
 - 3 LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do efêmero. A moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
 - 4 A alusão à obra *O Capital (Das Kapital)*, de autoria do filósofo referido na nota seguinte (5), indica “do” ou “sobre” o “capital” em seu sentido genérico.
 - 5 KARL HEINRICH MARX (Tréveris, 5 de maio de 1818 — Londres, 14 de março de 1883) foi um intelectual alemão que atuou como economista, filósofo, historiador, teórico político e jornalista. O pensamento de MARX influenciou praticamente todas as áreas do conhecimento, notadamente a filosofia, a história, a sociologia, a ciência política, a antropologia, a psicologia, a economia, a comunicação, a arquitetura, a geografia e outras (http://pt.wikipedia.org/wiki/Karl_marx).
 - 6 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa – Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987-A;
_____ *Teoría de la acción comunicativa – Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1987-B.
 - 7 JÜRGEN HABERMAS (Düsseldorf, 18 de Junho 1929) é um filósofo e sociólogo alemão, produto do que se pode chamar de segunda etapa da Escola de Frankfurt, tendo sido assistente, discípulo e, depois, opositor de THEODOR WIESEGRUND-ADORNO, um dos históricos integrantes da escola referida (http://pt.wikipedia.org/wiki/J%C3%BCrgen_habermas).

A teoria de HABERMAS é inspirada no período social-democrático da história do capitalismo (1945-1975), que é sucedido pelo período neoliberal (a partir de 1975). Nesse último, há uma clara reversão do "estado de bem-estar social". Muitas atividades estatais são mercantilizadas e privatizadas, a democracia se torna publicitária, a tecnocracia econômica passa a orientar ideologicamente os discursos políticos e as ações do Estado. Diante desse quadro, a teoria de HABERMAS empalidece e se torna algo ilusória no plano político.

(PRADO, Eleutério F.S. *Habermas contra Marx: crítica e crítica da crítica*. Artigo. São Paulo: USP, 2003).
 - 8 HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
 - 9 Música *As razões do boca braba*, de JOÃO DE ALMEIDA NETO, cantor, músico, poeta e pensador gaúcho, nascido em 23 de novembro de 1956, em Toro Passo, Uruguiana, RS.
 - 10 MARTIN LUTHER, ou MARTINHO LUTERO (Eisleben, 10 de novembro de 1483 — 18 de fevereiro de 1546), foi um monge agostiniano alemão, teólogo, professor universitário, "Pai do Protestantismo" e reformista da Igreja Católica, cujas ideias influenciaram a Reforma Protestante e o próprio desenvolvimento da Civilização Ocidental (http://pt.wikipedia.org/wiki/Martinho_Lutero).
 - 11 AURÉLIO AGOSTINHO (em latim, *AURELIUS AUGUSTINUS*), AGOSTINHO DE HIPONA, ou SANTO AGOSTINHO (Tagaste, 13 de Novembro de 354 — Hipona, 28 de Agosto de 430), foi um bispo, escritor, teólogo, filósofo, padre e doutor da Igreja Católica; uma das figuras mais importantes no desenvolvimento do Cristianismo no Ocidente (http://pt.wikipedia.org/wiki/Santo_Agostinho).
 - 12 SÃO TOMÁS DE AQUINO (Roccasecca, 1225 — Fossanova, 7 de março de 1274) foi um padre dominicano, teólogo, distinto expoente da escolástica, proclamado santo e cognominado *Doctor Communis* ou *Doctor Angelicus* pela Igreja Católica (http://pt.wikipedia.org/wiki/Tom%C3%A1s_de_Aquino).

-
- 13 MOSHE (מֹשֶׁה), em hebraico (1592 a.C. - 1472 a.C.), profeta israelita da Bíblia Hebraica (conhecida entre os cristãos como Antigo Testamento), da TRIBO DE LEVI. De acordo com a tradição judaico-cristã, MOISÉS foi o autor dos 5 primeiros livros do Antigo Testamento. É encarado pelos judeus como o principal legislador e um dos principais líderes religiosos (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Mois%C3%A9s>).
- 14 YESHUA (ישוע) é considerado por muitos ser o nome hebraico ou aramaico de JESUS CRISTO. Este nome é usado principalmente pelos judeus-messiânicos ou por pesquisadores, historiadores e outras pessoas que crêem ser essa a pronúncia original do seu nome. O nome YESHUA deriva-se de uma raiz hebraica formada por quatro letras – ישוע (yod, shin, vav e ain) - que significa “salvar” (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Yeshua>).
- 15 MOHAMMED (em árabe, مُحَمَّد, ou MUHAMMAD; Meca, 570 d.C. — Medina, 8 de Junho de 632) foi um líder religioso e político árabe. Segundo a religião islâmica, MAOMÉ é o mais recente e último profeta do DEUS DE ABRAÃO (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Maom%C3%A9>).
- 16 LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal. Ensaio sobre uma sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- 17 “Ecosóficos”, no sábio dizer de FÉLIX GUATTARI, em *As três ecologias*”. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. São Paulo: Papyrus, 2007.
- 18 Aliás, justiça e injustiça não têm limites geográficos.
- 19 RICHARD ALLEN POSNER (Nova Iorque, 1939) é conhecido como o arauto do *Law and Economics*, mas entre seus mais de 300 artigos e 30 livros há incursões sobre outros temas.
- 20 De 324 veículos de comunicação no Brasil, 271 contemplam sócios ou diretores ocupantes de cargos eletivos (políticos), isto é, 83,64%, sendo 21,4% do DEM, 17,71% do PMDB, 15,87% do PSDB e 8,49% do PP. Não foram elencados os percentuais de agentes políticos de outras agremiações partidárias, considerando os ínfimos percentuais e o grande número de partidos políticos a serem arrolados.

Não são considerados os casos que a própria mídia chama de “laranjas” os sócios ou diretores representantes de interesses de políticos, pois a pesquisa não contém instrumentos para sua identificação (<http://donosdamidia.com.br/inicial>).

- 21 Notícia: decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) mandou soltar, nesta quinta-feira (10/7/2008), o ex-prefeito de São Paulo (...), e o investidor (...), presos durante a Operação Satiagraha da Polícia Federal (PF). A decisão estendeu a eles o habeas corpus concedido na noite de quarta (9/7/2008) ao banqueiro (...) e à irmã dele, (...), e a outras 9 pessoas que tiveram a prisão decretada. (...) foi preso novamente horas após ser liberado pelo habeas corpus do STF.

Cópia da decisão foi encaminhada para o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, com sede em São Paulo, para a CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO, ao CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL e à CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. (http://www.portalaz.com.br/noticias/politica_nacional/112695_presidente_do_stf_manda_soltar_pitta_e_naji_nahas.html)

- 22 MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA. Há cerca de 25 anos, em Cascavel, PR, centenas de trabalhadores rurais decidiram fundar um movimento social camponês, autônomo, que lutasse pela terra, pela reforma agrária e pelas transformações sociais necessárias para o nosso País. Eram posseiros, atingidos por barragens, migrantes, meeiros, parceiros, pequenos agricultores.

Desde a fundação, o MOVIMENTO SEM TERRA se organiza em torno de três objetivos principais: lutar pela terra; lutar por reforma agrária; lutar por uma sociedade mais justa e fraterna. São inúmeras as conquistas, as realizações, os esforços e os projetos nas áreas de educação e de produção, além do reconhecimento da sociedade ao MST, com prêmios e homenagens em nível nacional e internacional (<http://www.mst.org.br/>).

-
- 23 DOUTORA JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA. Palestras de 26 e 27 de setembro de 2008, na URISAN, em Santo Ângelo, RS.
- 24 PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: Editora da Unesp, 1996.
- 25 Direito, aqui, entendido na sua acepção clássica de direito positivo.
- 26 “Tapar o Sol com a peneira” é uma expressão popular utilizada na língua portuguesa, mas cuja origem é incerta. Pode significar o fato de se fazer um esforço mal sucedido para ocultar ou mascarar algo que não pode ser ocultado ou mascarado
- No *Dicionário de provérbios, locuções e ditos curiosos*, de JÚNIOR, Magalhães. Rio de Janeiro: Comentário, 1974, vem uma explicação do seu sentido, salientando que não é possível impedir o sol de passar pelos orifícios, ou pela estrutura reticular, de uma peneira. É certo que se trata de uma expressão antiga. Existem expressões semelhantes em outros idiomas, como *couvrir le soleil avec le blutoir*, em francês; *cover the sun with the bolter*, em inglês; *per coprire il sole di bullonatore*, em italiano; *Cribro aquam haurire*, ou *Lympham cribro infundere*, ou ainda *Aquam in cribro gerere* (“apanhar água com a peneira”), em latim.
- 27 “Jogar a sujeira para baixo do tapete” é uma expressão idiomática. No conceito de ALVAREZ, Ortiz, em *Expressões idiomáticas: ensinar como palavras, ensinar como cultura*. Artigo publicado como capítulo de livro, em FEYTOR PINTO, P. & JÚDICE, N. (org.) *Para acabar de vez com Tordesilhas*. Lisboa: Edições Colibri, 1998, expressão idiomática é uma combinação (sintagma) metafórica que se cristalizou pelo uso e frequência de emprego (passando do individual para o social), numa determinada língua, apoiada na sua tradição cultural. Do ponto de vista semântico, numa expressão idiomática o significado dos seus elementos constituintes não corresponde ao sentido geral do todo, isto é, o sentido global do conjunto não é igual à soma do significado das partes e sua interpretação semântica não pode ser calculada a partir da soma dos seus elementos. Além de utilizar expressão similar, como faz língua castelhana *ahí hay algo por debajo del tapete*, a expressão pode significar, em português, algum pensamento, fato, coisa ou ação que se pretenda protelar ou esconder, simbolizando tal providência com a metáfora de jogar tal pensamento, fato, coisa ou ação para “debaixo do tapete”, como uma sujeira que se acumula ao varrer e cuja destinação correta não se pretende realizar naquele momento.
- 28 MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- 29 LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito – A expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- 30 “Individualidade” no sentido de conter características próprias, peculiares, individualizadas.
- 31 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- 32 Vale lembrar que aqui se utiliza a expressão “minoría” para significar, não aqueles que estejam em menor número, mas aqueles cujos direitos e interesses não são hegemônicos, confirmando-se que, segundo o critério apresentado, a “minoría” pode ser quantitativamente maior. Relevar, a propósito, para confirmar o sentido ora utilizado para a expressão “minoría”, que não é mais do que uma minoria que detém a maior parte dos capitais, no âmbito das relações econômicas, na atualidade.
- 33 Aqui se utiliza a expressão “agentes econômicos” para significar aqueles que, possuindo capital, atuam diretamente na economia, cujos fundamentos e vetores se constituem a partir do volume, da extensão ou da quantia da posse referida.
- 34 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: Barroso, Luís Roberto (coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- 35 DEMO, Pedro. *Éticas multiculturais – Sobre convivência humana possível*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

36 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, Tomo I, Capítulo III, § 23º Conceito de fato jurídico, 1 Incidência e juridicização dos suportes fáticos, 2 Incidência, fato jurídico e eficácia.*

37 A palavra “localizar” é aqui utilizada no sentido de “situar”.

38 “Botar sentido” é uma expressão popular que pode significar “prestar atenção, atentar, observar detidamente”.

39 A expressão “reflexão jurídica” é aqui utilizada em seu sentido filosófico, isto é, no sentido de infltir sobre si mesmo, voltar-se a si, perquirir sua própria ontologia, sua própria essência.

40 *Opere citato*

41 VÁZQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

42 A expressão “passivo a descoberto”, aqui utilizada em sentido figurado, é o termo contábil que indica quando o valor da soma de bens e direitos não cobre o valor da soma das obrigações contraídas, ou seja, quando o passivo supera o ativo.

43 A expressão “sociedades” é aqui utilizada no sentido de países.

44 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

45 A expressão “produção verde” refere-se à disseminação de práticas agrícolas que permitam aumento da produtividade e da produção, ao mesmo tempo em que buscam a manutenção e a ampliação continuada da cobertura vegetal do Planeta.

46 Fusão nuclear é o processo no qual dois ou mais núcleos atômicos se juntam e formam um outro núcleo de maior número atômico. A fusão nuclear requer muita energia para acontecer e geralmente liberta muito mais energia do que consome.

47 Célula combustível é uma célula eletroquímica, basicamente uma bateria, em que é consumido um combustível e é liberada energia, contando com reagentes que são alimentados continuamente. Os reagentes típicos são o hidrogênio e o oxigênio. O hidrogênio é fornecido do lado do ânodo e o oxigênio no lado do cátodo. As baterias comuns têm que ser recarregadas de tempos em tempos, porque os reagentes se esgotam. Mas são as células combustíveis estacionárias não portáteis que, diferentemente, não necessitam ser recarregadas, uma vez que os reagentes são fornecidos continuamente.

48 Morte assistida (ou suicídio assistido, ou morte medicamente assistida) consiste no auxílio para a morte de uma pessoa que pratica, pessoalmente, o ato que conduz à sua morte (ao seu suicídio). Na morte assistida, o risco é gerado pelo próprio paciente. O terceiro, nesse caso, apenas auxilia, não originando o ato criador do risco.

É diferente da eutanásia (ativa), que é o ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente. É chamada de ativa, pois importa em conduta comissiva, haja vista que se pratica um ato lesivo, que, dentro de certas circunstâncias e condições, conduz o paciente à morte desejada. Vale lembrar que, etimologicamente, eutanásia, significa “morte boa” (*eu* = bom/boa; *thánatos* = morte).

A ortotanásia, também chamada de eutanásia passiva, caracteriza-se pela limitação ou suspensão do esforço terapêutico, do tratamento ou dos procedimentos que estão prolongando a vida de doentes terminais, sem chance de cura, segundo determinados critérios justificadores.

Existe, ainda, a sedação paliativa que consiste em suavizar, por meio de medicamentos, a dor do paciente. Ela procura evitar ou diminuir o sofrimento da pessoa em estado terminal, mas não antecipa o momento da morte do paciente, razão pela qual, a rigor, não estaria compreendida na classificação que se faz de morte assistida, eutanásia e ortotanásia.