

Direito e Literatura

Estudos de teoria do Direito

Denis Borges Barbosa e Arícia Fernandes Correia

Sumário

<u>LITERATURA E DIREITO.....</u>	<u>3</u>
<u>LAW & LITERATURE.....</u>	<u>4</u>
<u>UMA QUESTÃO DE EPIFANIA</u>	<u>7</u>
<u>AS NOÇÕES DE JUSTIÇA NA FICCÃO BRASILEIRA DO SÉCULO XIX.....</u>	<u>23</u>
<u>INTERPRETANDO A LEI JUSTA: ENSAIO SOBRE JUSTIÇA, DIREITO E LITERATURA.....</u>	<u>99</u>
<u>OUTROS TEMAS</u>	<u>142</u>
<u>O UNIVERSALISMO COMO OPRESSÃO.....</u>	<u>143</u>
<u>DA NOÇÃO DE BENS IMATERIAIS</u>	<u>189</u>
<u>DIREITO DE CRIAÇÃO E DIREITO DE CLIENTELA.....</u>	<u>205</u>
<u>O OBJETO DA CIÊNCIA JURÍDICA</u>	<u>219</u>
<u>A CAUSA E A AUTORIDADE (PORQUE DIREITO NÃO É CIÊNCIA)</u>	<u>224</u>
<u>O DIREITO E A UBIQUIDADE</u>	<u>242</u>
<u>ÍNDICE.....</u>	<u>256</u>

Literatura e Direito

Law & Literature

“...melhor do que qualquer filósofo do direito poderia tê-lo feito” Jhering, "A Luta pelo Direito",

O movimento que, nas universidades americanas, tomou o nome de Law and Literature ¹ certamente não subscreveu o juízo comparativo que Jhering fazia entre a filosofia e a literatura ². Posner, em seu livro sobre o tema, começa o texto

1 James Boyd White, com *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (Boston: Little, Brown and Company, 1973) é tido por ser o lançador dessa tendência. Vide, igualmente, Jane B. Baron *Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity*, *Yale Law Journal*, Vol. 108, Pp. 1059-1085, March 1999; Fennell, Lee Anne, "Scarcity and Choice in Law and Literature" . <http://www.legalesays.com>, 2000 <http://ssrn.com/abstract=205036> ; Manderson, Desmond, "From Hunger to Love: Myths of the Source, Interpretation, and Constitution of Law in Children's Literature" . *Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 64*. <http://ssrn.com/abstract=375260>

2 "CLS was officially started in 1977 at the conference at the University of Wisconsin-Madison, but its roots extend back to 1960 when many of its founding members participated in social activism surrounding the Civil Rights movement and the Vietnam War. Many CLS scholars entered law school in those years and began to apply the ideas, theories, and philosophies of post modernity (intellectual movements of the last half of the twentieth century) to the study of law. They borrowed from such diverse fields as social theory, political philosophy, economics, and literary theory.... Among noted CLS theorists are Roberto Mangabeira Unger, Robert W. Gordon, Morton J. Horwitz, Duncan Kenney..." , *Narrative Jurisprudence* James R. Elkins, encontrado em <http://www.wvu.edu/~lawfac/jelkins/juris02/juris02/narrjuris.html>

citando J Habermas (sobre ...literatura...) ³; Max Horkheimer and Theodor Adorno são indicados como fontes inaugurais da tendência ⁴. Law & Literature vem a ser, apenas, umas das várias tendências anti-positivistas, que tenta atuar na formação do profissional do direito de forma a resgatar aspectos humanístico de que as carreiras jurídicas se afastaram sem, na verdade, se articular como uma prática *de* Direito ⁵.

Tivemos, no Brasil, pelo menos dois importantes testemunhos de análise do texto literário, realizadas por juristas, mas com fins sociológicos, históricos ou de ciência política: a de Faoro, sobre Machado de Assis ⁶, e o de Eliane Junqueira ⁷.

Os três trabalhos iniciais que compõem este livro pretendem refazer, em parte, os mesmos percursos de Junqueira e Faoro,

3 Richard A Posner, *Law and literature: a misunderstood relation*, Harvard University Press, 1988.

4 J. Allen Smith, "The Coming Renaissance in Law and Literature," 7 *Maryland Law Forum* 84, 84 (1977), reprinted in 30 *Journal of Legal Education* 13 (1979).

5 "James Boyd White, credited for the scholarly work which helped bring about the resurgence of interest in law and literature, made studious efforts to avoid placing a jurisprudential label on his work, or ever attempting to say, "exactly" what kind of jurisprudence it was he was attempting to create (and it did look, at the time, look "new"). White reminded us, that what he wanted to do was something by way of performance rather than by way of definition and argument (the staple approach of the law review argument and the analytical philosopher). There are those who begin with scholarly work with a set of definitions and do so because they believe this way to be the basis of all rational inquiry. White, on different occasions and in different ways, argues that neither law nor jurisprudence can be best known by a set of labels and definitions.", James R. Elkins, *Notes on Narrative Jurisprudence: Its Origins & Branches*, http://www.wvu.edu/~lawfac/jelkins/juris02/juris02/intro_remarks.html, visitado em 24/7/2004.

6 Raymundo Faoro, *Machado de Assis A Pirâmide e o Trapézio*. Porto Alegre: Editora Globo, 1975. Vide Comparato, Fábio Konder. Raymundo Faoro historiador. *Estud. av.*, maio/ago. 2003, vol.17, no.48, p.330-337. ISSN 0103-4014.

7 Eliane Botelho Junqueira, *Literatura e Direito: Uma Outra Leitura do Mundo das Leis*, Letra Capital, 1998

percorrendo elementos do mesmo material de base. Nossa perspectiva é, porém, bem diversa, a de uma visão da literatura como uma *luneta cética*, própria para perscrutar o direito.

O primeiro texto, uma das introduções teóricas possíveis à questão da Literatura e do Direito, é de responsabilidade de Denis Borges Barbosa, assim como o segundo destes. Contemporâneo a tais estudos, e respondendo a uma inspiração idêntica – as pesquisas de Doutorado em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – vem o terceiro estudo, de Arícia Fernandes Correia, Professora de Instituições de Direito da UERJ. Doutoranda em Direito Público e Mestre em Direito da Cidade pela UERJ, e Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

A segunda parte do livro se compõe de texto do primeiro autor, sobre outras questões teóricas do campo do Direito.

Uma questão de epifania

Denis Borges Barbosa

Uma nota prévia às “As Noções de Justiça na Ficção Brasileira do Século XIX”

A proposta deste trabalho não é certamente propedêutica; seu objetivo é examinar as noções do que é justiça num corpo cultural determinado, a literatura brasileira de ficção, do séc. XIX.

Com a elaboração que os tema tem tomado no momento presente, especialmente como elemento da crítica ao positivismo jurídico, vale testar, num ambiente diverso do presente contexto histórico, e através dos testemunhos da literatura, qual era a noção de justiça. Qual, enfim, a eficácia de um discurso social que põe em questão, não o Direito Positivo, mas a Justiça.

Não nos propomos, mas outros estudos poderiam fazê-lo, a tecer uma análise diacrônica que antepusesse a apreensão da Justiça de José de Alencar àquela de Rubem Fonseca, nem muito menos comparar o mesmo elemento temático da literatura à noção de Justiça na *weltanschauung* do brasileiro. Neste sentido, a proposição seria de pesquisa básica, não menos válida por ser prazerosa.

O direito como tema e o direito como prática

Não estamos, assim, tratando de Direito. Cabe aqui, uma vez mais, enunciar o que é a prática de Direito, excluindo dela outros discursos que, embora fontes de autoridade, não se constituem em peças do mecanismo da prática jurídica. O que é, no nosso entender, a prática do Direito?

“Para não se ir mais longe, no Direito Civil Brasileiro, do Conselheiro Ribas⁸, obra de 1880, o autor, após dar uma evolução histórica da noção de Direito, apoiando-se nas velhas distinções entre moral e norma jurídica, e entre sentimento filosófico do justo e existência social do fenômeno, introduz a noção romanística da jurisprudência.

Ribas define como tal a “ciência do Direito unida ao hábito de aplicá-la”. A jurisprudência constaria, em sua parcela de “ciência”, da dogmática do Direito (“o conhecimento do Direito realmente existente em certa nação, e o verdadeiro sentido de seus textos”), da filosofia do Direito (“a crítica do Direito positivo”) e da história do Direito (“o conhecimento das fontes do Direito e das transformações por que têm passado”). Em sua vertente prática, a “jurisprudência” abrangeria a resposta às consultas, a advocacia forense e à atividade do magistrado. Os práticos do Direito, para Ribas, seriam leguleios, se conhecessem os textos da lei, sem saber interpretá-las; seriam jurisperitos, se conhecessem os textos e sua verdadeira interpretação, mas não aplicassem seu conhecimento; seriam râbulas, os aplicadores que ignorassem a interpretação e a “teoria científica”; e apenas mereceriam a designação de jurisprudentes os que reunissem “a ciência do Direito à perícia na sua aplicação”.

O sentido estrito de “Direito”, a que se chegou até aqui, é precisamente a noção de Ribas nos dá da definição romanística de jurisprudência. Como se pode perceber, é uma técnica de interpretação de uma mensagem cultural pré-estabelecida, com vistas à aplicação política desta decifração. O processo comportaria um momento

8 Ed. fac-simile, Ed. Rio, 1977.

semiológico, de compreensão do enunciado jurídico aplicável à situação, e de um momento pragmático de atuação social, nos parâmetros e no sentido indicado pelo enunciado decifrado, enfatizando-se que é o segundo que determina a razão de ser do primeiro.”⁹

Fontes de autoridade. Como o dissemos, naquele trabalho de 1979, o discurso do Direito não visa ao conhecimento ôntico, ou à simples verdade lógica, mas sim à criação de uma autoridade nova. O trajeto do discurso jurídico vai de um ponto de partida, que é um núcleo de autoridade, a seu objetivo, que é a instituição de outra autoridade. A eleição de um conjunto de abstrações do pensamento jurídico para servir de cimento e argamassa de um problema da dogmática depende, fundamentalmente, da autoridade da fonte; e esta não é uma autoridade epistemológica, proveniente do valor das provas experimentais, ou do encadeamento lógico do raciocínio. Resume-se, como frisa Comparato¹⁰, numa capacidade objetiva de prevenir ou solucionar conflitos.

Citando ainda:

No nível subjetivo, o jurista é parte de seu conhecimento, pois o pensamento jurídico traduz-se em vivência; tal conhecimento é autocentrado, e não se distingue neste ponto daquilo que classicamente se denomina "ideologia". No nível do episteme, o discurso é automotivado e auto-referencial, no narcisismo do que, uma vez mais, a teoria das ciências chama de "ideologia".

De outra parte, a dogmática não visa à atuação no nível puramente abstrato, como o faz a ciência e, pelo menos à luz de suas propostas assumidas explicitamente, a ideologia. Não se entende a jurisprudência sem a interpenetração da

9 A Causa e a Autoridade, incluído em nosso Da Eficácia do Decreto Autônomo – Estudos de Direito Público, Lumen Júris, 2002.

10 Fábio Konder Comparato, Da licitude da participação da sociedade de capitais em sociedade de pessoas, Revista de Direito Mercantil, no. 28, nova série

"ciência" e do "hábito de aplicá-la". A poiesis é a justificação da auctoritas, e a "ciência" é uma produção de auctoritas; o que é o mesmo que dizer: o pensamento jurídico serve para criar normas, e as normas criadas pelo pensamento jurídico servem para atuações sociais concretas.

Desta maneira, compartilhando da ideologia o processo de conhecimento auto-centrado, a dogmática participa da técnica na sua forma de criar conhecimentos para uma aplicação prática concreta.

Sempre remontando ao trabalho anterior, à medida que se tece, o discurso que fala o Direito torna-se Direito, e adquire a autoridade do seu objeto. Evidentemente, a autoridade resulta, em última análise, da compatibilidade do enunciado específico com o sistema (não só normativo, mas doutrinário, jurisprudencial, etc), mesmo se se levar em conta a ação daquele sobre este, como parte do desenvolvimento do Direito. Como nota Carlos Maximiliano ¹¹, em seu livro clássico, a opinião revolucionária e isolada de um jurista não pode ser tomada como fonte de Direito.

Não é a toa que o Direito, em sua acepção tradicional, se alimenta com “os tópicos ou lugares comuns, a dialética, o bom senso, a razoabilidade, o senso de equilíbrio, a equidade, a prudência, restaurando a antiga concepção de Direito como *juris prudentia*” ¹².

A prática do Direito e o parâmetro da literatura

Em tal trabalho, nosso objetivo era delinear a cesura entre a prática do Direito e a prática da Ciência; mas, mesmo então, certos instrumentos da teoria da literatura se mostraram úteis. Assim é que, falando da transformação que um dado científico sofre ao ser inserido no discurso jurídico, dizíamos:

11 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica Jurídica*. Forense, 1979.

12 Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Forense, 1979, p. 16.

Pode-se ilustrar as conseqüências deste deslocamento com o conceito de verossimilhança, da teoria literária. A figura histórica de Napoleão, um homem nascido na Córsega e falecido em Santa Helena, que foi imperador da França, preenche o personagem Napoleão de Tolstói, em *Guerra e Paz*. O reconhecimento da pessoa empírica, histórica, contribui para a atmosfera do romance, mas o Napoleão de Tolstói só existe no texto literário, e é construído para os fins literários. A tentativa de fazer corresponder o homem com o personagem resultaria em enfraquecimento do efeito estético; reversamente, um estudo histórico baseado no personagem seria um absurdo epistemológico.

A verossimilhança vem a ser exatamente o aproveitamento estético desta presença de um mesmo elemento no mundo empírico e no universo romanesco. A fruição de um texto de ficção necessita de pontos de apoio, de pontes entre o mundo do leitor e o do romance; ao atravessar a ponte, e ao ter consciência que na outra margem, o Napoleão dos livros de *História* tem um outro valor, o valor que lhe atribuí o sistema ficcional do livro, o leitor percebe que este sistema é diferente da estrutura do universo empírico. A eficácia da obra depende exatamente deste reconhecimento, pelo leitor, de que a narrativa é criação, e não descrição de fatos históricos.

Como já visto, quando tratávamos das analogias e diferenças entre as regras da arte musical e as regras da arte do Direito, uma coisa é o efeito estético, e outra é o efeito de autoridade. Pode-se mesmo dizer que, na aplicação do conceito de verossimilhança, os efeitos são opostos. A jurisprudência toma o dado científico e o aproveita, retirando dele o benefício da autoridade científica; autoridade, porém, que só existe quando o dado está integrado no discurso da sua ciência de origem. De maneira contrária ao efeito estético, que é o efeito de reconhecimento da ficcionalidade de uma obra, o efeito de autoridade depende, neste caso, de se obscurecer a impertinência, a não integração do dado no sistema.

Note-se que há, no discurso da literatura e no do Direito, um mesmo elemento de sedução, vale dizer de retórica de sistema (e não retórica de discurso singular):

O efeito de autoridade aí é possível porque a jurisprudência, em sua vertente “científica”, surge como uma construção coerente, lógica. No dizer de Dante ¹³ “todas as coisas são arrançadas segundo uma certa ordem, e é esta ordem que constitui a forma pela qual o universo assemelha-se a Deus”. A coerência do sistema jurídico corresponde à ordem natural, e também à ordem da ciência. O dado transplantado está assim valorado como se estivesse no sistema em que foi produzido; há uma verossimilhança de autoridade científica, resultante do poder intrínseco da logicidade e da correspondência.

Este argumento de autoridade – a da logicidade do sistema jurídico – surgiria em tese à percepção dos homens como uma promessa de um mundo mais ordenado e justo ¹⁴.

Não menos sistemática e ordenada é a construção literária, especialmente a romanesca ¹⁵.

Mas há uma diferença fundamental entre as duas imagens de ordenação e sistema: a imagem polida do Direito tenta vender-se como análoga à ordem imutável e serena da Natureza, enquanto que a eficácia da obra literária ficcional se baseia na consciência do leitor de que o universo que se lhe apresenta é

13 Dante. *A Comédia Humana, O Paraíso*. p. 1103.

14 “Law conjures images of an ordered, just, decent, social world, even as it witnesses the particularized and real suffering that follows when reality does not justify our faith in law. (...) Law holds out the promise that we can shape, carefully and incrementally, a world that works, a world in which there is more caring and a more expansive sense of community than exist today”, James R. Elkins, “Pedagogy of Narrative: Symposium,” 40 *J. Legal Educ.* 1-2 (1990)].

15 Mesmo que seja a ordem do caos, como o de Stéphane Mallarmé em *Un coup de dès jamais n’abolira le hasard....*, (Paris: Gallimard, 1976)

ficto, artificial, obra do homem – no mecanismo mágico do *estranhamento*¹⁶:

"A função da arte seria então quebrar este automatismo, chamar a atenção para o próprio meio, para a própria palavra. É neste 'olhar para si mesmo' que residiria a língua poética, distinguindo-se da língua vulgar, prosaica, comum, prática. A partir desta dicotomia, criam-se novas categorias de análise: a 'desautomatização', o 'estranhamento' ou, nas palavras mais precisas de Jakobson (1923), a 'deformação organizada' da língua comum pela língua poética.¹⁷

O *estranhamento*, aliás, como notou Levi-Strauss¹⁸, é a fonte das delícias da obra de arte, eis que, construída como um modelo humano do mundo, na produção ficcional o leitor frui um universo que – por mais que seja reprodução do Universo natural – foi *constructo* de um semelhante, e evidencia o poder do homem sobre uma natureza, conquanto ficta. O poder ficto do homem – o jogo em que sua *humanidade* se faz onipotente - revivido pelo leitor só é prazeroso porque a obra é estranhada, evidenciada como algo distinto da Natureza¹⁹.

16 No dizer de Victor Chklovski, formalista russo, quanto ao *estranhamento* (*ostraniéne*): "A arte tem como procedimento o *estranhamento* das obras e da forma de acesso difícil que aumenta a dificuldade e o tempo da percepção, visto que, em arte, o processo perceptivo é um fim em si mesmo e deve ser prolongado". Chklovski, Victor. "A arte como procedimento". Tradução de Ana Maria Ribeiro Filipouski et al. In: Toledo, Dionísio (org). *Teoria da Literatura: Formalistas russos*. 1.ed. Porto Alegre: Globo, 1973, p. 39-56

17 Cristóvão Tezza, *Entre a Prosa e a Poesia: BAKHTIN e o Formalismo Russo* - Editora Rocco. Rio de Janeiro. 2003.

18 Claude Lévi-Strauss, *La pensée Sauvage*, Paris, Plon, 1962

19 O contraste natureza-ordem humana vai aparecer, aliás, como um dos temas da literatura brasileira do período de estudos.

Essa curiosa e contraditória relação entre os constructos da literatura e do Direito²⁰ nos leva à questão, sempre central, das relações entre essas duas práticas e a categoria de ideologia.

Ideologia, Literatura & Direito

Em trabalho que já data de 30 anos, toquei na questão em análise:

No caso do Direito, somente sob o crivo de uma ciência das ideologias se poderia tentar a aproximação <por cima>, ou seja, por meio de sua configuração aparente. A opção, que se impõe, é de, à imitação das demais ciências, tentar moldar entre a bruma das reconceptualizações a figura real – e inconsciente – do objeto do Direito²¹.

A problemática onde o estudo se incrustava era, obviamente, o estruturalismo de Levi-Strauss e Althusser. Central, aí, a noção de ideologia, que Marx, a quem tal problemática é tributária, inicialmente descreveu, muito genericamente, como:

"the life process of ... individuals, ... as they may appear in their own or other people's imagination, ... what men say, imagine, conceive...men as narrated, thought of, imagine, conceived ..."²²

A noção de ideologia, embora muito impressionista nesse texto inicial, como aliás conviria a seu objeto, não se resume à visão individual e subjetiva; estende-se certamente às expressões dessa visão na literatura – e em outras modalidades de discurso

20 "the complex and slippery historical interactions of law and literature that shape and are shaped by an ever changing cultural idiom of justice", Crane, Gregg D. "The Path of Law and Literature." *American Literary History* 9 (1997): 758-75.

21 O Objeto da Ciência Jurídica, *Revista de Cultura Vozes*, Ano 1968 – volume LXVIII – abril 1974 n° 3.

22 Karl Marx and Frederick Engels, *The German Ideology*, ed. C. J. Arthur (New York, 1970), pp. 46-47.

²³. O ponto chave da noção é *causação* dessa consciência, que, renegando qualquer idealismo, Marx localiza na instância real e, nela, radicada no econômico:

Life is not determined by consciousness, but consciousness by life. In the first method of approach the starting point is consciousness taken as the living individual; in the second method, which conforms to real life, it is the real living individuals themselves, and consciousness is considered solely as their consciousness ²⁴.

Ideologia, assim, na proporção em que reflita a visão de uma classe, definida pela sua função econômica, é parcial e interessada. Assim, em face da hipótese de uma linguagem denotativa e precisa, como se quer a ciência, o fluir do verbo ideológico seria distorcido e enganoso. Embora capaz de atuar sobre a História, progressiva ou regressivamente, pela sua eficácia na consciência dos homens, e, em particular, da sua consciência de classe, a ideologia não teria, na visão de Marx, uma História própria:

The phantoms formed in the human brain are also, necessarily, sublimates of their material life-process, which is empirically verifiable and bound to material premises. Morality, religion, metaphysics, all the rest of ideology and their corresponding forms of consciousness, thus no longer retain the semblance of independence. They have no history, no development; but men, developing their material production and their material intercourse, alter, along with this their real existence, their thinking and the products of their thinking ²⁵.

23 "Thus 'ideology', for example, refers at times to all ideas, sometimes to normative and other ideas which are considered unscientific, and sometimes to such ideas only in so far as they serve the interests of a class." Bertell Ollmann, *Alienation: Marx's Conception of Man in Capitalist Society* (Cambridge England, 1971), p. 6.

24 Op.cit., loc. cit.

25 Op.cit., loc. cit.

A fantasmagoria a que se refere Marx teria, obviamente, uma manifestação privilegiada na literatura ficcional. Mas, no tocante à expressão literária, a ideologia, tal como ela remanesce na consciência individual ou coletiva, é transformada pela construção ficcional, na qual o efeito do sistema ficcional re-qualifica e re-significa o seu valor:

According to Marx the social contradictions which inform a given literary work may be so mediated within the work as to provide true and penetrating insights into human life. Whatever ideological preconceptions the writer entertains, the writer may present subjective aspects of life, distort facts or achieve sensual forms in ways which reveal human realities hidden behind ideological expressions. Indeed, Marx found this to be the case even in the work of writers who were consciously motivated by conservative or reactionary ideas²⁶.

Assim, como notou Lukacs²⁷, a ideologia burguesa refletida nos romances de Balzac teria uma pungência e clareza mais

26 Harold Suretsky, *The Concept Of Ideology And Its Applicability To Law And Literature Studies*, *Legal Studies Forum*, Volume 4, Number 3 (1981). O autor cita, no contexto, S. S. Prawer, *Karl Marx and World Literature* (Oxford, 1976). p. 98, e prossegue: "The Hungarian critic Georg Lukacs and British academic Raymond Williams are perhaps the most faithful twentieth century elaborators of Marx's understanding of ideology and literature, although Lukacs and Williams have hardly won the full endorsement of other Marxian scholars. French Marxian theoreticians Louis Althusser and Peter Macherey, to name only two, have also attempted to elaborate the relationship of ideology and literature. While Marx's basic position is clear, many important secondary questions regarding ideology and literature remain to be debated".

27 Georg Lukacs, *Balzac et le réalisme français*, préface de Gérard Genette, nouvelle édition, La Découverte, 1999. Para o autor, Balzac e Marx formaram uma aliança natural, já por ser um fato que Marx leu Balzac com fascínio, e o citou repetidamente no *O Capital*. Engels chegou a dizer, em carta a Margaret Harkness, que ele e Marx tinham aprendido mais de Balzac do que de todos os cientistas sociais do século. Quanto ao romancista, diz Lukacs: "cette élaboration des principales déterminations de la vie sociale dans son processus d'évolution historique, leur peinture selon leur manifestation chez les différents individus",

veemente do que todo o corpo crítico da ciência social contemporânea a Eugenie Grandet. Exatamente como Jhering, Marx sentiu que a clareza da visão literária ultrapassaria de muito a crítica científica de então. Claramente se evoca, aqui, a noção de estranhamento, a que nos referimos na seção anterior deste trabalho.

Para essa perspectiva marxista, o Direito seria outro dos discursos da ideologia, caracterizado por uma ilusão de que a instância do jurídico predominaria sobre outras práticas sociais:

Marx attacks the concept of law as a structure standing above society, as an independent force with a history of its own, a concept paralleled in literary studies by the New Criticism's views of literature and literary texts. He finds in legal ideology the same difficulty as in other areas of ideology: the ideologists, consigned by the prevalent division of labor in a given social structure to develop their expertise in a certain branch of ideology, develop, along with this, the illusion that the subject which they study determines social life as a whole. Thus jurists tend to believe that the law and the state determine the life of society as a whole, and indeed their own daily activity leads them to this belief. In the Marxian view, however, it is social life, particularly its economic aspects, that determines the nature of law and the state in a given society.²⁸

Através de categorias como a de “igualdade”, o Direito implementaria a estrutura de poder que reforça a classe dominante:

The majestic equality of the laws . . . forbids rich and poor alike to sleep under the bridges, to beg in the streets, and to steal their bread. This equality is one of the benefits of the Revolution. 'Why, that revolution was effected by madmen

"pourquoi [Balzac] peut montrer concrètement dans un épisode quelconque des événements sociaux les grandes forces qui régissent l'évolution sociale."

28 Suretsky, op. cit.

and idiots for the benefit of those who had acquired the wealth of the crown. It resulted in the enrichment of cunning peasants and money-lending bourgeois. In the name of equality it founded the empire of wealth.²⁹

A ideologia mediada pelo sistema

No nosso trabalho de 1974, propusemos uma alternativa a essa visão de um Direito que é puro exercício de ideologia e implementação de poder dominante, usando como elemento heurístico a categoria de rito:

(...) o rito é uma cadeia de significantes, expresso em condutas que denotam um determinado complexo mítico. Embora, na realidade, subsistindo ao nível da expressão, o rito aparece à interpretação racional como significado, ao menos para aqueles que o tem como relato a uma situação mítica. Mais precisamente, todos que praticam o rito não o percebem como expressão de um determinado complexo mítico, emprestando-lhe seja a condição de meio de comunicação com um receptor hipotético (a divindade) seja, como ação cristalizada a qual já se retirou qual quer sentido, o estatuto de uma ação social automática (que vem na verdade confrontar), ainda no plano da superestrutura, com um complexo ideológico). O importante – mesmo se a ligação mito-ritual seja consciente – é a atualização de um esquema conceptual ao desempenho de uma prática.

Preexistente, há uma estrutura, que é posta entre parênteses, socialmente reafirmada por acontecimentos dirigidos, visando à evidenciação daquela mesma estrutura: a ação leva ao conceito, após o conceito ter conduzido à ação. (...)o que importa é frisar que, enquanto significante, o ritual é tomado como significado.

Como, entre toda a faixa de sons audíveis, o espírito humano isolou um determinado número daqueles como significantes, por meio de oposições que se conjugam binariamente, o modelo jurídico confere, entre a totalidade das ações possíveis, a algumas dentre estas o carácter de significativas.

29 Marx e Engels, The German Ideology, op. cit., p. 81.

O sistema jurídico agindo evidentemente em nível muito mais dilatado do que a linguagem, procede da mesma maneira do que esta ao estabelecer uma fronteira (se bem que flexível) entre o pertinente e o não-pertinente. Ao tipificar, por exemplo, determinada ação faz mais do que elegê-la como significante para um conjunto de articulações.

(...)O Sistema das condutas consideradas como significantes, como um todo, é apostado a um sistema de *significados*, ou seja, de condutas que o Direito *articula* àquelas: à ação considerada como crime o Direito faz corresponder uma ação considerada como pena. Posto como sistema semiológico, ao significante (ação) é articulado um significado (ação-pena). O paralelo é tanto mais evidente quando se percebe que uma lei não é outra coisa se não dicionário, um repositório de mensagens emitidas e recebidas; e, claramente, um contrato não se diferencia de uma lei em um caráter semiológico: ambos são códigos onde não-prestação e sanção são articulados

Entre a cadeia de significantes e a de significados repousa uma estrutura *obliqua* que vem a ser o sistema de relações de significação. Como já foi dito acima, as relações não se dão termo a termo, mas entre sistemas complexos, o que explica a aparente arbitrariedade entre uma ação e uma sanção, evidenciada além das reconceptualizações que a legitimam num dado complexo ideológico. Aí, neste conjunto estruturado, se acha o objeto da Ciência Jurídica.

Como visto, o ritual é a atualização de um esquema conceptual, reflexivamente disposto, visando exatamente à revelação da estrutura que lhe dá origem. A lei, esquema consciente, considera, simétrica e inversamente, uma ação para atribuí-la um significado, isto é, para considera-la significante. O rito conscientiza uma estrutura, a lei estrutura uma ação, dotando-a (ou não) de pertinência.

Em suma, o mito significa uma ação, a priori, a lei o faz a posteriori; o mito surge à consciência como significado, a ação submetida à lei como significante.

Porém o ponto comum é o relacionamento entre um dado de superestrutura e uma prática: o ritual exprime indiretamente uma mítica, o Direito (considerado como estrutura que tem

como termos o sistema de ações significantes e o sistema de ações significado) expressa diretamente uma ideologia³⁰. Portanto, como *fonologia*, o Direito age em nível microsociológico, pressupondo não só uma infra-estrutura, como uma ideologia da qual é a expressão consciente, e como qualquer ciência das superestruturas, o esquema conceptual que, senão imutável e comum a todos os povos, é merecedor de uma análise profunda de sua permanência, relativa ao estágio de desenvolvimento da humanidade³¹.

A proposta, assim, é tomar o direito não como uma fantasmagoria, representação parcial e difusa da *realidade social*, mas como um sistema de significação, enfatizando-se o *sistema* e a causalidade interna a ele como elemento cintilante.

Uma possível epifania

Ora, esse sistema, como o sistema da ficção, modifica o sentido que cada uma de suas normas, de per si, teria. Assim como

30 Teríamos hoje que reparar: não expressa diretamente a ideologia, mas sim mediada necessariamente pelo sistema, eis que mesmo a causalidade significativa é uma causalidade estrutural. Para suscitar tal conceito, devido à tradição de Spinoza, Marx, Lenin, Gramsci, Mao e especialmente Althusser, vide Etienne Balibar: *Structural Causality, Overdetermination, and Antagonism*, in *Postmodern Materialism and the Future of Marxist Theory: Essays in the Althusserian Tradition*, Edited by Antonio Callari and David F. Ruccio, Wesleyan University Press, 1996.

31 A proposta final, de análise de elementos constantes dos sistemas jurídicos, sejam num deslocamento histórico, seja na sincronia da diversidade cultural, atende a uma observação do mesmo trabalho: “A diversidade dos sistemas jurídicos é tão desorientadora como o foi a diferença entre os idiomas para a Lingüística”. Trinta anos depois desse texto, retomei a proposta de tal análise em *Contra os Direitos Humanos - A Opressão do universalismo*, encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/universalismo.doc>. Um exemplo interessante dessa pesquisa de constantes jurídicas é a proposta de George Fletcher de uma Gramática Universal do Direito Penal, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998, onde o autor distingue uma estrutura profunda em uma série de sistemas jurídicos de pares opacionais, como ocorre na oposição significativa básica entre fonemas. Não menos relevante será o trabalho da antropologia jurídica, havendo já sido determinada a existência de uma série de universais relativos ao Direito Penal, Stuart P. Green em *The Universal Grammar of Criminal Law*, *Michigan Law Review*, 2000.

Napoleão em Guerra e Paz é outro, que não “o” Napoleão histórico, e ganha significado específico através da oposição com seu personagem oposicional, General Kutuzov, também cada norma ganha sentido do conjunto das outras normas legais, da doutrina, das tendências jurisprudenciais, da entrada de uma norma oposicional no sistema, e assim por diante. A igualdade, a que tanto ridicularizava Marx e Engels, ainda que uma meta-norma, pode ter o valor de recusar a um homem negro a legitimidade *ad causam*, por ser coisa (como no caso Dred Scott, de 1857, que veremos adiante) ou de assegurar cotas a negros na admissão às universidades, sem abalo na norma legislada singular, e sem interveniência do órgão político.

Essa mesma complexidade, impactando centrifugamente na ideologia individual ou coletiva, pode atuar no mundo concreto (como a repercussão do próprio caso Dred Scott) de forma análoga ao que ocorre com o sistema ficcional da literatura (para ficar no mesmo tema, o impacto de Uncle Tom's Cabin de Harriet Beecher Stowe ou de Escrava Isaura, de Bernardo Guimarães, no Brasil, no ímpeto abolicionista). Tudo isso ocorrendo num contexto em que a instância do econômico ao menos em seus elementos mais medulares, não sofria modificação que justificasse, mecanicamente, a mudança ideológica e histórica ³².

Mas nosso instrumento heurístico, desta vez, não é a análise do impacto da literatura ou do direito sobre a ideologia social, mas o uso do subsistema literário como *speculum mundi* do Direito. Assim, uma primeira questão teórica pertinente é a relevância dessa imagem especular, num outro sistema superestrutural, para a prática do Direito.

32 Para, aqui, recuperar o sentido althusseriano de causalidade estrutural e sobre determinação.

A nossa resposta é: toda ou nenhuma. Todo discurso estranho à prática do Direito, como a Ciência ou a Filosofia, é incorporado e utilizado como insumo na produção do efeito-autoridade, próprio da prática jurídica. Assim, até mesmo o olhar percuciente sobre a imagem do Direito na literatura pode ser reaproveitado pelo Direito para fazer-se autoridade.

Mas a segunda questão teórica é a pertinência deste exercício para o *conhecimento* do direito. Para o conhecimento conceitual (*begriff*) talvez – ainda - pouco. Mas para a iluminação do sentido e limites de nossa prática, o clarão da literatura pode ser pura epifania, como foi para Marx a leitura de Balzac³³.

Sobre o acervo estudado

Cabe aqui uma pequena nota sistemática. O nosso acervo se concentra na ficção do século XIX; mas há autores citados que estão além ou aquém do período em questão, ou não exatamente no espaço da ficção. Teve-se, a todo tempo, clara noção dessas imprecisões, mas o critério foi de relevância e pertinência, e esperamos que o resultado conduza a relevar-nos as inexactidões.

33 Herbert Marcuse, *The Aesthetic Dimension: Toward a Critique of Marxist Aesthetics* (Boston, 1978), p. xi "A work of art can be called revolutionary if, by virtue of the aesthetic transformation, it represents, in the exemplary fate of individuals, the prevailing unfreedom and the rebelling forces, thus breaking through the mystified (and petrified) social reality, and opening the horizon of change (liberation)." "In this sense, every authentic work of art would be revolutionary, i.e., subversive of perception and understanding, an indictment of the established reality, the appearance of the image of liberation."

As Noções de Justiça na Ficção Brasileira do Século XIX

Denis Borges Barbosa

Literatura e Direito

A clareza da visão do poeta

O Mercador de Veneza, desde sua primeira encenação por Shakespeare em 1596, foi, e possivelmente é ³⁴, um dos exemplos mais claros da eficácia da inter-relação da literatura e do Direito. Leu-se no mundo todo o texto de Jhering, de 1872 :

"Eu anseio pelo Direito." ³⁵ Nessas quatro palavras, o poeta descreveu a relação do Direito, em seu sentido subjetivo, com o Direito em seu sentido objetivo, definindo o sentido do termo como uma luta pelo direito, melhor do que qualquer filósofo do direito poderia tê-lo feito. Essas quatro

34 Colmo, Christopher A., Law and Love in Shakespeare's The Merchant of Venice, 26 Oklahoma City University Law Review 307 (2001), "The Merchant of Venice is a study of law and love without the kind of community that can provide a sense of belonging and a basis for self-knowledge". Vide também John Denvir, William Shakespeare and the Jurisprudence of Comedy, Stanford Law Review, 39 (1987), 825-49. Shakespeare ainda, mas falando de Julius Cesra: Philadelphoff-Puren, Nina and Rush, Peter, "Fatal (F)Laws: Law, Literature and Writing" . Law and Critique, Vol. 14, pp. 191-211, 2003 <http://ssrn.com/abstract=473044>

35 My deeds upon my head! I crave the law, The penalty and forfeit of my bond.

palavras transformam a reivindicação de Shylock em uma questão de Direito Veneziano.

A que dimensões poderosas, gigantescas, o homem fraco cresce, quando enuncia estas palavras: não é mais o judeu que exige sua libra da carne; é o próprio Direito de Veneza que bate às portas da Justiça; pois o seu direito e o Direito de Veneza são uma só coisa; ambos se erguem ou perecem juntos. E quando Shylock sucumbe finalmente sob o peso da decisão do juiz, que descarta seu direito com uma exibição chocante de humorismo, quando ele se vê perseguido por um desprezo amargo, curvado, quebrado, confundido, quem não sente que – assim como ele – o Direito Veneziano é humilhado; que não é o judeu Shylock que se vai em dor, mas a figura típica do judeu da idade média, esse paria da sociedade que clamou em vão pela justiça?

Seu destino é eminentemente trágico, não porque seus direitos são ele mesmo, mas porque o judeu da Idade Média tem fé no Direito – pode-se dizer como se fosse uma fé cristã – na firmeza do Direito, como se fosse uma rocha que nada pudesse mover, sensação que até mesmo o juiz parecia compartilhar, até o momento que a catástrofe recai como um trovão, que a ilusão seja removida, e que Shylock permaneça apenas como um judeu medieval a quem a justiça só existe como uma fraude”³⁶.

O texto do jurista alemão aponta para a eficácia da literatura como descritor e análise do fenômeno jurídico, no seu dizer “...melhor do que qualquer filósofo do direito poderia tê-lo feito”. A profundidade da visão de Shakespeare, descrevendo a demanda de Shylock como um anseio, mais forte do que isso, uma sede, fome ou desejo físico pelo Direito, demarcaria a intensidade da relação entre a pretensão do credor e o direito objetivo.

36 O testemunho da universalidade de Jhering está no fato de que o texto foi traduzido de uma decisão da Suprema Corte da Filipinas, no caso G.R. No. L-99, de 16 de Novembro de 1945, PIO DURAN vs. SALVADOR ABAD SANTOS, encontrado em http://www.lawphil.net/judjuris/juri1945/nov1945/gr_1-99_1945.html, visitado em 23/7/2004.

A construção da justiça como valor

A noção de justiça como valor, na nossa ficção do séc. XIX, nada tem de sistemática e racional. De outro lado, é polimorfa e sutil. O seu significado é enriquecido pelas oposições de termos logicamente contrastados. Acompanhemos essa construção.

A justiça de Deus e a dos homens

O primeiro par oposicional é a da ação divina e dos limites humanos.

Ah! mundo! mundo! abismo insondável, que tragas tantas vítimas!...

Ah! Sociedade estúpida! que escarneces da desgraça!...

Ah! Justiça! Justiça! palavra irrisória, que nunca punes o criminoso!...

Mas há a de Deus, e essa...é justa! (ABREU, Casimiro de Carolina. in SILVEIRA, Sousa da (org.). Obras de Casimiro de Abreu. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura -MEC, 1955)

Além deste traço distintivo entre os dois termos - a falibilidade - qual o teor dessas justiças? Não há um desenho completo de seus limites nos textos visitados, mas, valendo-se da copolinização da cultura portuguesa e brasileira da época, assim como da tradição cultural anterior, vamos tentar preencher os claros.

Que há de original e de individual em todas essas idéias, homem? Pensas que o rabi as tirou da abundância do seu coração? Está cheia delas a nossa doutrina!... Queres ouvir falar de amor, de caridade, de igualdade? Lê o livro de Jesus, filho de Sidrá... Tudo isso o pregou Hilel; tudo isso o disse Esquemaia! Causas tão justas se encontram nos livros pagãos que são, ao pé dos nossos, como o lodo ao pé da água pura de Siloé!... Vós mesmos, os essênios, tendes preceitos melhores!... Os rabis de Babilônia, de Alexandria, ensinaram sempre leis puras de justiça e de igualdade! E ensinou-as o teu amigo Iocaná, a quem chamais o Batista,

que lá acabou tão miseravelmente num ergástulo de Maqueros. A relíquia, de Eça de Queirós Fonte: QUEIRÓS, Eça de. A Relíquia. S. Paulo: Publifolha, 1997. (Biblioteca Folha).

Um conteúdo possível da justiça divina é o da inexorabilidade:

- Verdugo! - bradou Álvaro, não podendo mais sopear sua indignação. - A mão da justiça divina pesa enfim sobre ti para punir tuas monstruosas atrocidades. Bernardo Guimarães, A escrava Isaura

(...) E só então é que esses dois homens compreenderam o papel, que deviam representar nesse drama.

— Miserável! Foste tu! bradou Augusto lívido de cólera agarrando Fernando por um braço.

Este levou a mão ao peito, os olhos injetaram-se-lhe de sangue, sentiu vergarem-lhe as pernas e ferido por uma apoplexia fulminante caiu redondamente no chão. Na queda, roçou com a cabeça a orla do vestido de Carolina.

A justiça de Deus foi terrível!...O algoz expirou aos pés da vítima! (Carolina)

A justiça dos homens, de outro lado, é a da imperfeição e da imprevisibilidade:

Outrossim, afeiçoei-me à contemplação da injustiça humana, inclinei-me a atenuá-la, a explicá-la, a classificá-la por partes, a entendê-la, não segundo um padrão rígido, mas ao sabor das circunstâncias e lugares. Minha mãe doutrinava-me a seu modo, fazia-me decorar alguns preceitos e orações; mas eu sentia que, mais do que as orações, me governavam os nervos e o sangue, e a boa regra perdia o espírito, que a faz viver, para se tomar uma vã fórmula. De manhã, antes do mingau, e de noite, antes da cama, pedia a Deus que me perdoasse, assim como eu perdoava aos meus devedores; mas entre a manhã e a noite fazia uma grande maldade, e meu pai, passado o alvoroço, dava-me pancadinhas na cara, e exclamava a rir: Ah! brejeiro! ah! brejeiro! Memórias Póstumas de Brás Cubas, Machado de Assis Fonte: Assis, Machado de. Obra Completa. vol. I, Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994

Não há razão para esperar que qualquer das opções políticas dos homens tenha mais sintonia com a justiça divina:

- Deus seja com...
- Com quem, minha irmã?
- Com quem tiver justiça.
- Nenhum a tem. De um lado e de outro está a ambição e a cobiça, de um lado e de outro a imoralidade, a perdição e o desprezo da palavra de Deus. Por isso, vença quem vencer, nenhum há de triunfar. (Viagens na Minha Terra Almeida Garret)

Natureza e justiça

A segunda oposição é entre Justiça cultural e Justiça natural. O tema perpassa, mas não se esgota, na dicotomia entre direito natural divino e natural. Não é específico do séc. XIX, como indica a tomada de um mote de Bocage (séc. XVIII) por Augusto dos Anjos:

O CONDENADO

Folga a Justiça e geme a natureza

Bocage

Alma feita somente de granito,

Condenada a sofrer cruel tortura

Pela rua sombria d'amargura

- Ei-lo que passa - réprobo maldito

.

Olhar ao chão cravado e sempre fito,

Parece contemplar a sepultura

Das suas ilusões que a desventura

Desfez em pó no hórrido delito.

E, à cruz da expiação subindo mudo,

A vida a lhe fugir já sente prestes

Quando ao golpe do algoz, calou-se tudo.

O mundo é um sepulcro de tristeza.

Ali, por entre matas de ciprestes,

Folga a justiça e geme a natureza. (Poemas Esquecidos,

Augusto dos Anjos)

O mote, no soneto de Bocage, representa a oposição ainda mais intensamente:

Das leis se cumpre a salutar dureza;
Sai a alma dentre o véu da humanidade;
Folga a Justiça, e geme a Natureza.

Assim, a pena de morte, como (veremos adiante) a escravidão é assimilada à cultura, algo que o Poder Legislativo não pode atar ou desatar:

Como Cícero, sou um dos mais ardentes apologistas da lei natural, da equidade; como ele, entendo que a lei é a equidade;- a razão suprema gravada em nossa natureza, inscrita em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz nos traça nossos deveres, de que o Senado não nos pode desligar, e cujo império se estende a todos os povos; lei que só Deus concebera, discutira e publicara. (Notas Semanais, de Machado de Assis Texto-fonte: Machado de Assis, Obra Completa, vol. III, Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1994).

A citação ilustrada de Machado não distingue as teses de Cícero das de direito divino; mas claramente cesura o espaço da cultura do da natureza.

Outro termo relevante para a construção dessa significação é a oposição, um pouco imprecisa, entre justiça estrita e justiça natural. Vejamos como, num só texto, e dependendo da *função* tópica do personagem na narrativa, esses dois elementos tomam significados divergentes entre si, embora haja carga positiva, mais instável, no sentido de “estrito” :

- Aconteceu o que eu previa, um erro, disse ele. Não houve lacuna, mas excesso. O reconhecimento dessa filha é um excesso de ternura, muito bonito, mas pouco prático. Um legado era suficiente; nada mais. A estrita justiça... - A estrita justiça é a vontade de meu pai, redargüiu Estácio. - Seu pai foi generoso, disse Camargo; resta saber se podia sê-lo à custa de direitos alheios. - Os meus? Não os alego.

(...) Contudo, qualquer que ela fosse, uma vez que seu pai assim o ordenava, levado por sentimentos de equidade ou impulsos da natureza, ele a aceitava tal qual, sem pesar nem reserva.

(...) Posto que ele não tivesse nunca preterido os deveres que lhe impunha o vínculo espiritual, dando à fazendeira todas as provas possíveis de um grande afeto, ainda assim era de rezear que a última vontade da moribunda não trouxesse o cunho da estrita justiça, ou, quando menos, de razoável equidade.

(...) - Aquele homem falou verdade; mas nem a lei nem a Igreja se contentam com essa simples verdade. Em oposição a ela, há a declaração derradeira de um morto. A justiça civil exige mais do que palavras e lágrimas; a eclesiástica não extingue com um traço de pena, a afirmação póstuma. (Helena, Machado de Assis)

A justiça “estrita” é a natural ou a humana? Aqui, a justiça eclesiástica, ou canônica, e a civil estão no mesmo plano em face da justiça natural. O pai quer reconhecer a filha, mesmo sem necessidade. Nem o cuidado patrimonial, assim a simples justiça civil, seria posta em questão. Mas a análise de utilidade posta de lado: o pai deve aceitar a filha, a natureza o quer, mesmo contra a lei civil ou a Igreja. Clara está a oposição natureza/cultura.

Justiça como igualdade

O valor igualdade, como expressão de justiça., aparece na literatura em análise como dois termos oposicionais sob o mesmo gênero: como *invariabilidade* e como *adaptabilidade*.

Começamos pela noção de invariabilidade. Numa das raríssimas valorizações positivas das funções da justiça do nosso repositório, o major Vidigal de Memórias de um sargento de milícias, de Manuel Antonio de Almeida, conduz sua ação administrativa sem distinção de classe e condição:

Neste ínterim a cigana muito perturbada olhava repetidas vezes para a porta do quarto, dando sinais da mais viva inquietação. Não escapou isto ao Vidigal, que no fim de tudo disse a um granadeiro: - Revista aquele quarto... A cigana deu um grito; o granadeiro obedeceu e entrou no quarto: ouviu-se então um pequeno rumor, e o Vidigal disse logo cá de fora: - Traz para cá quem estiver lá dentro. No mesmo instante viu aparecer o granadeiro trazendo pelo braço o Rev. mestre-de-cerimônias em ceroulas curtas e largas, de meias pretas, sapatos de fivela, e solidéu à cabeça. Apesar dos aparos em que se achavam, todos desataram a rir: só ele e a cigana choravam de envergonhados. Esta última pôs-se aos pés do Vidigal, mas ele foi inflexível; e o Rev. foi conduzido com os outros para a casa da guarda na Sé, sendo-lhe apenas permitido pôr-se em hábitos mais decentes.

Essa noção se espraia pela igualdade como dever do agente público. A consciência da isonomia na forma que, hoje, se inscreve no *caput* do art. 37 da Carta de 1988, é expressa num texto jornalístico das fronteiras do séc. XX, na escrita acerba de Lima Barreto:

Os Achados dos Subterrâneos - O Crucifixo de Ouro e o Candieiro de Ferro

O Sr. Rodrigues Alves, logo ao saber do encontro do crucifixo de ouro, numa das galerias do morro do Castelo, foi pronunciando o venha a nós e chamando aos peitos o objeto achado pelo Dr. Dutra. Por seu lado, o Dr. Frontin, que para estas coisas não é mole, foi se apossando do candieiro de ferro, encontrado na sala abobadada. (...)

Qualquer cidadão tem tanto direito ao crucifixo e ao candieiro como os srs. Rodrigues Alves ou Frontin.(...)

Há, porém, uma casa mantida exatamente para guardar semelhantes objetos: é o Museu Nacional.

Por que não mandaram para lá o crucifixo e o candieiro?

Então o Sr. Rodrigues Alves ou o Dr. Frontin, numa terra em que todos são iguais, podem se apossar de objetos encontrados em terrenos do Estado e encontrados quando se faziam escavações por conta desse mesmo Estado?

Se assim é, mandemos plantar batatas a tal igualdade, porque nenhum deles é melhor do que qualquer homem do povo, único pagante dos trabalhos feitos no morro do Castelo.

Vamos lá, Sr. Rodrigues Alves e Dr. Frontin, entreguem ao Museu Nacional o que lhes não pertence: isto aqui não é, positivamente, a casa da mãe Joana.

(BARRETO, Lima. O Subterrâneo do Morro do Castelo. Correio da Manhã - edições de 28-29/4/1905, 2-10/5/1905, 12/5/1905, 14-15/5/1905, 19-21/5/1905, 23-28/5/1905, 30/5/1905, 1/6/1905, 3/6/1905).

E não menos ferina é a análise das relações de consumo segundo Machado de Assis:

Talvez o Ferrari imagine que, sendo igual o preço, iguais devem ser as vantagens; mas esse erro do empresário origina-se na persuasão de que ele fez um contrato igual e perfeito com todos os assinantes. Não fez. A igualdade única é a do preço; no mais, quem lhes sustenta a empresa são os assinantes da primeira série, - o maior número. Nem o preço serviu nunca de bitola à distribuição das vantagens. No antigo regímen, o terceiro estado pagava o imposto e não comandava os regimentos. Ora, esse sistema, se foi momentaneamente excluído da constituição dos Estados, não o foi nem o pode ser das organizações líricas; é até a graça especial delas. (Notas Semanais, de Machado de Assis).

Igualdade: *nova et vetera*

Essa igualdade como invariável, porém, é considerada de regra com ceticismo, talvez agravado pelo estilo de Eça, na interpretação humana e reacionária da Justiça Divina:

- Todos têm direito à graça do Senhor, disse o cônego gravemente, num sentimento de imparcialidade, admitindo a igualdade das classes logo que não se tratava de bens materiais e apenas dos confortos do Céu.

- Para Deus não há pobre nem rico, suspirou a S. Joaneira. Antes pobre, que dos pobres é o reino do Céu.

- Não, antes rico, acudiu o cônego, estendendo a mão para deter aquela falsa interpretação da lei divina. Que o Céu também é para os ricos. A senhora não compreende o preceito *Beati pauperes*, benditos os pobres, quer dizer que os pobres devem-se achar felizes na pobreza; não desejarem os bens dos ricos; não quererem mais que o bocado de pão que têm; não aspirarem a participar das riquezas dos outros, sob pena de não serem benditos. É por isso, saiba a senhora, que essa canalha que prega que os trabalhadores e as classes baixas devem viver melhor do que vivem, vai de encontro à expressa vontade da Igreja e de Nosso Senhor, e não merece senão chicote, como excomungados que são! Ouf! (O Crime do Padre Amaro, de Eça de Queirós. Fonte: QUEIRÓS, Eça de. O Crime do Padre Amaro. 12ª ed., São Paulo: Ática, 1998).

Mas o aspecto importante da noção de justiça como igualdade invariável no nosso acervo é de que é um valor ainda questionável, imputado a um certo contexto histórico; não é uma categoria axiomática. O mesmo discurso evidenciado por Eça aparece num texto revelador::

“O mundo, minha filha, tinha passado, estava e está passando por uma revolução espantosa; revolução que nada respeita, desde a política e a religião até mesmo as mais nobres e generosas crenças de idéias individuais. Demônios eloqüentes, penas temperadas no fogo do inferno, tinham antes espalhado e pregado, segundo mil vezes me repetiu o meu santo confessor, princípios fatais à humanidade, desorganizadores dos tronos e do altar; máximas ardentes e perigosas eram oferecidas ao povo, e como incensavam a sua vaidade, foram bebidas e aceitas com entusiasmo por muitos; um vulcão se preparava, vulcão horrível, que rebentou primeiro na América, que logo depois prorrompeu em França, e do qual se ressentiu o mundo todo; depois adiante da infernal propaganda, na frente da ímpia cruzada, apareceu esse inqualificável flagelo, essa vingança de Deus, chamada Bonaparte, que fez estremecer os templos do Senhor e os tronos dos reis; que regou com ondas de sangue humano a árvore da impiedade. Enfim, esse homem sucumbiu, depois de triunfar mil vezes; porém, as idéias que

ele replantou com a ponta da sua espada germinaram e vegetam ainda hoje!

“Uma palavra mentirosa, mas de fogo, embriagava os homens; era ela - liberdade! em nome da liberdade os grandes homens subiam a infamantes patíbulos... esgotavam-se os cofres públicos... cometiam-se horríveis sacrilégios... desterravam-se e exterminavam-se modestos religiosos!... ninguém mais se supôs pequeno. Uma outra palavra também mentirosa, mas também de fogo, fazia gigantes os mais desprezíveis anões... era ela - igualdade!

“Ninguém concebe quantos milhões de vítimas se tem sacrificado nos falsos altares desses dois ídolos de fumo.

“Como precisa conseqüência de tão nefandos princípios, o gênio do mal, para alimentar e dar mais intensidade ao facho da anarquia, vomitou sobre e contra nós a liberdade da imprensa... máquina de calúnias e de intrigas... veneno dos espíritos... guarda avançada das revoltas.

“Tudo mudou. Os meninos deixaram de aprender a rezar para ler periódicos e discutir presumidos direitos do homem; os operários abandonaram as suas fábricas para cuidar em eleições; a plebe imunda e perigosa agitou-se radiosa e triunfante em todas as nações.

“A peste chegou até ao Brasil. Esta nação, criança, que ainda mal andava sustida pelos bracinhos, levantou orgulhosa a cabeça, dizendo que era um gigante, que não corria porque lhe atavam as pernas; que era uma águia, que não voava porque lhe prendiam as asas; que queria, que havia de caminhar só e livre; e, o que é mais, Honorina, um príncipe, um homem, em cujas veias corria o sangue mais nobre do mundo, foi o mesmo que, cheio de mal-empregado entusiasmo e bravura, tomou a dianteira ao povo, e bradou - independência ou morte!

“Portanto, a embriaguez se tornou mais notável. As idéias deste século pervertido são contagiosas; povos inteiros padeceram o mesmo mal; o brasileiro não podia formar exceção.

“E não se falou mais aqui senão em liberdade, câmaras, deputados e constituição...

“Os velhos tornaram-se crianças... os meninos não tomaram mais a bênção aos pais... as moças desprezaram os véus da modéstia e a vida sossegada da solidão para ir com o rosto bem à mostra, e, carregadas de adornos e de modas indecentes, dançar em saraus, onde a licença e o desregramento tomaram o nome de civilização e de progresso!

“Tudo isso foi devido à liberdade...

“A peste também entrou em nossa família: teu avô, teu tio e eu nos conservamos firmes em nossos antigos princípios, com as belas inspirações dos nossos antepassados, desprezando todos esses erros, detestando todos esses crimes da época, todas essas mentiras de liberdade, igualdade, direitos do homem, constituição, e não sei quê mais! tenho finalmente por única glória sermos sempre devotados ao altar e trono, e mais nada.

“No meio de nós, porém, levantava-se uma cabeça de louco, a criava-se um coração de serpente.

“Teu pai, Honorina, apesar da educação que lhe demos, e dos exemplos que sem cessar lhe oferecíamos, tinha-se feito sectário das novas idéias: era um liberal delirante, que trouxe no braço a sua legenda, como na cabeça as suas loucuras; que cem vezes se enfeitava com flores e folhas para ir bramar nas praças, para tomar parte nas orgias do povo desenfreado.(O Moço Loiro, Joaquim Manuel de Macedo).

A orgias do liberalismo, assim, assombram Ema, a personagem de Macedo que ataca a igualdade (e os demais valores do liberalismo), descrita como “uma estátua do século passado; uma mulher de setenta anos, gorda, respeitável, coroada por seus cabelos brancos, com o rosário na mão direita, trajando as vestes negras da viuvez, e com uma expressão de bondade misturada com orgulho em sua fisionomia”. O livro é de 1849, Ema seria dos anos 70 do século anterior, educada ainda sem os influxos da Revolução francesa.

A oposição que ela faz é com seu filho, Hugo: “Hugo era, posto que às vezes timidamente, um representante da nova época: o primeiro que de sua família abandonara antigos hábitos e velhas idéias, foi por isso menos estimado de seus pais que um irmão, morto há alguns meses, e via-se então chefe da casa; era o contraste de sua mãe, pois pensava, falava e vestia-se segundo a ordem do dia”.

O que se desenha então, é a emergência do valores da igualdade. Ema é o índice dos tempos mudados “!... A Sr.^a D. Ema está exatamente no ponto em que estava há cinquenta anos atrás.”

Vejamos qual o velho regime, a que Ema remontava, e se negava nos tempos do séc. XIX. Mesmo na juventude de Ema, a literatura se recusava a identificar a Igualdade, como valor, à Justiça, como instituição:

Desgraçada Justiça! Da igualdade
Tu não sabes o ponto: é a balança
Do interesse que só por ti decide.
Que despachos injustos, que dispensas,
Que mercês e que postos não se compram
Ao grave peso de selada firma! (Cartas Chilenas, Tomás
Antônio Gonzaga).

O campo semântico dessa igualdade é ilustrado no texto setecentista do Padre Vieira:

Chama-se o mar mare, porque é amargoso; chama-se pontus, porque é incapaz de ponte; chama-se aequor, quando está igual e sereno; chama-se fretum, quando está bravo e furioso, e, como leão, dá bramidos. (Sermão IX - Maria Rosa Mística, Padre Antônio Vieira).

A igualdade é do campo da justiça humana, eis que pela presença dos atributos divinos da Graça e da Misericórdia, a Justiça de Deus não está vinculada ao tratamento igual:

E daqui se fica bem entendendo a razão de justiça e igualdade, ou, quando menos de equidade, que teve da parte

da Senhora aquele excesso de misericórdia que os demônios acusavam de injusta e iníqua: Fecisti injuste, fecisti inaequitatem. (Sermão VI - Maria Rosa Mística).

A leitura de Vieira poderia ser contrapontuada com a igualdade imposta divinamente mas como qualidade humana:

15. Não farás injustiça no juízo; não farás acepção da pessoa do pobre, nem honrarás o poderoso; mas com justiça julgarás o teu próximo.

35. Não cometereis injustiça no juízo, nem na vara, nem no peso, nem na medida. [Levítico 19]

Ema repele, assim, mesmo a devoção ao altar, que ela diz prestigiar. O artifício de estranhamento de Macedo, de colocar a ideologia da reação nas palavras de uma estátua do outro século, funciona nesse contexto de negação dos próprios pressupostos do discurso pelas razões que se suscitam. O trono, que Ema indica como o outro único objeto de seu respeito, foi o causador da embriaguez do liberalismo, ao proclamar a “independência ou morte”.

Igualdade e o *sui cuique tribuere*

A segunda forma de igualdade é o da atribuição a cada um da sua condição jurídica devida, ainda que variando o tratamento. Aqui, também, tem-se a ação do major Vidigal:

Entrou, pois, deixando-o passar. Apenas o viram, pararam todos aterrados. - Então que briga é esta?... disse ele descansadamente. Começaram todos a desculpar-se como podiam; e segundo o crédito que mereciam pela sua reputação era-lhes distribuída a justiça: se era sujeito já conhecido, e que não era aquela a primeira em que entrava ficava de lado, e um granadeiro tomava conta dele; os outros eram mandados embora. (Memórias de um sargento de milícias, Manuel Antonio de Almeida)

Os inocentes são absolvidos, e os culpados condenados. Aqui, também, a justiça reside no campo do humano:

(...) Nesse momento, entrou Alexandre no recinto, fechado por uma balaustrada, e destinado aos jurados. Seu olhar aceso de febre, luzindo na sombra das pálpebras roixeadas, fixou-se piedoso na febril rapariga; e, no rosto macilento, assomou um ligeiro sorriso amargurado.

- Aproxime-se - ordenou o Delegado.

Ele deu alguns passos vacilantes para a frente, perturbado pelas mal contidas exclamações de dó, que chegavam aos seus ouvidos sequiosos, naquele instante, do caricioso eco de vozes amigas. Os que ali estavam eram todos curiosos, enviscados pelo escândalo, ou indiferentes e desocupados, procurando diversão no desenlace do inquérito policial, à exceção de Teresinha, que o contemplava silenciosa, sentada a um canto.

Muitos comentavam os estragos que a infecta enxovia produzira na saúde do moço.

- Senhor Alexandre - disse-lhe o Promotor, a voz sonora e grave - um conjunto, de indícios, de elementos de prova bem acentuados e persuasivos, determinou o vexame que sofreu. Ia sendo vítima de um desses erros que, infelizmente, não são raros na história dos tribunais e que, por lamentável lacuna, não encontram nas leis, meios completos de reparação. Órgão da justiça, lamento, sinceramente, fosse recolhido por infundadas suspeitas de tão grave imputação; teve, porém, a ventura de sair ileso dessa provação suportada com heroísmo. O verdadeiro criminoso está descoberto. Nada impede, agora, que a justiça proclame a sua honra restaurada com a liberdade que, neste momento, lhe é concedida.

Perpassou pelo ambiente, um sussurro de aprovação unânime, porque, desmascarado o ardil do soldado, ninguém nutria dúvidas sobre a autoria do crime.

Não era possível que um moço bem procedido e de abonados precedentes fosse capaz de tão vil ação. Por outro lado, todos confessavam, então, justificados suspeitas contra Crapiúna, quando não fosse por qualquer motivo definido, nela má cara do homem, seus costumes dissolutos, ou por mero palpite. Não fora, entretanto, o

feliz acaso de surpreender Teresinha o esconderijo do dinheiro, ou, como ela afirmava sinceramente, a intervenção do glorioso Santo Antônio, o inocente seria denunciado, processado e condenado. E toda aquela gente aprovaria, com igual entusiasmo, a justiça inexorável.

(Luzia-Homem Domingos Olímpio. Fonte: OLÍMPIO, Domingos. Luzia-Homem. Texto integral estabelecido por Afrânio Coutinho e Maria Filgueiras; 9ª ed., São Paulo, Ática, 1983. (Série Bom Livro).

Igualdade e arbítrio

De outro lado, o valor da igualdade tem um condicionante diacrônico: tratar equanimente aqueles sujeitos a um juízo singular não esgota a necessidade de justiça. Espera-se que haja constância, daí previsibilidade, na administração dos mecanismos de justiça:

A mais terrível das instituições do Ateneu não era a famosa justiça do arbítrio, não era ainda a cafua, asilo das trevas e do soluço, sanção das culpas enormes. Era o Livro das notas.

Todas as manhãs, infalivelmente, perante o colégio em peso, congregado para o primeiro almoço, às oito horas, o diretor aparecia a uma porta com a solenidade tarda das aparições, e abria o memorial das partes.

Um livro de lembranças comprido e grosso, capa de couro, rótulo vermelho na capa, ângulos do mesmo sangue. Na véspera cada professor, na ordem do horário, deixava ali a observação relativa à diligência dos seus discípulos. Era o nosso jornalismo. Do livro aberto, como as sombras das caixas encantadas dos contos de maravilha, nascia, surgia, avultava, impunha-se a opinião do Ateneu. Rainha caprichosa e incerta, tiranizava essa opinião sem corretivo como os tribunais supremos. O temível noticiário, redigido ao sabor da justiça suspeita de professores, muita vez despedidos por violentos, ignorantes, odiosos, imorais, erigia-se em censura irremissível de reputações. O julgador

podia ser posto fora por uma evidência conclusiva dos seus defeitos; a difamação estampada era irrevogável. (...)

À hora do primeiro almoço, como prometera, Aristarco mostrou-se em toda a grandeza fúnebre dos justicadores. De preto. Calculando magnificamente os passos pelos do diretor, seguiam-no em guarda de honra muitos professores. À porta fronteira, mais professores de pé e os bedéis ainda, e a multidão bisbilhoteira dos criados. (...)

Prostrados os doze rapazes perante Aristarco, na passagem alongada entre as cabeceiras das mesas, parecia aquilo um ritual desconhecido de noivado: à espera da bênção para o casal à frente.

Em vez da bênção chovia a cólera.

"...Esquecem pais e irmãos, o futuro que os espera, e a vigilância inelutável de Deus!... Na face estanhada não lhes pegou o beijo santo das mães... caiu-lhes a vergonha como um esmalte postiço... Deformada a fisionomia, abatida a dignidade, agravam ainda a natureza; esquecem as leis sagradas do respeito à individualidade humana... E encontram colegas assaz perversos, que os favorecem, calando a reprovação, furtando-se a encaminhar a vingança da moralidade e a obra restauradora da justiça!..."

Não posso atear toda a retórica de chamuscas que ali correu sobre Pentápolis. Fica uma amostra do enxofre.

Isto, porém, era um começo. Conduzidos pelos inspetores, saíram os doze como uma leva de convictos para o gabinete do diretor, onde deviam ser literalmente seviciados, segundo a praxe da justiça do arbítrio. (...)

Aristarco empalideceu de despeito. Visava-o diretamente a desaforada insurreição. E isto no mesmo dia em que fizera espetáculo da justiça tremenda. Não quis, entretanto, arriscar o prestígio. Vimo-lo no corredor, incerto, sem sangue, mandando que voltassem os bedéis a acalmar.

Torturava-o ainda em cima o ser ou não ser das expulsões. Expulsar... expulsar... falir talvez. O código, em letra gótica, na moldura preta, lá estava imperioso e formal como a Lei, prescrevendo a desligação também contra os chefes da

revolta... Moralidade, disciplina, tudo ao mesmo tempo... Era demais! era demais!... Entrava-lhe a justiça pelos bolsos como um desastre. O melhor a fazer era chingar um murro no vidro amaldiçoado, rasgar ao vento a letra de patacoadas, aquela porqueira gótica de justiça! (O Ateneu. Raul Pompéia).

O arbítrio não seria apanágio das estruturas privadas de poder. Também a justiça, movida pelo *de minimis non curat praetor*, ou considerações de utilidade, disporia da liberdade das pessoas:

O Delegado, voltou-se para o Carcereiro e, indicando-lhe a Seridó e Gabrina, ordenou:

- Recolha aquelas mulheres.

- O quê?!... - exclamou a Seridó apavorada - Pois eu sou presa por falar a verdade? Que culpa tenho, seu Delegado, do malefício dos outros? Eu, que não matei, não roubei, que nunca fiz, mal a ninguém... que não tenho rabo de palha!...

Gabrina olhava em torno espantada, como se despertasse atordoada pelo nevoeiro de mau sonho. Estancaram-se-lhe as lágrimas e sucederam-lhes violentos soluços.

Quando o Carcereiro se aproximou, e a intimou com a frieza fulminante do ofício, dizendo: "Vamos", acometeu-a o terror da prisão. E enquanto a Seridó implorava piedade, justificando-se com protestos de inocência, lamentos e súplicas, ela, com desenvoltura de criança que se refugia no seio paterno, agarrou-se a Alexandre.

- Perdoe-me, seu Alexandre - suplicava, com gritos vibrantes - Não deixe que me levem presa! Que vergonha!... Não, não é possível!... Peça por mim; valha-me pelo amor de Deus!... Ai!... ai!... que eu morro!... Quem me acode!... Minha gente, tenha pena de mim, de uma pobre filha sem mãe?... Ah! seu Alexandre da minha alma, pelo leite que mamou, peça por mim que lhe quero tanto bem... Valha-me, valha-me por tudo quanto há de mais sagrado. Peça por alma de sua mãezinha, pelas cinco

chagas de Nosso Senhor Jesus Cristo... Sim, por tudo, pela luz dos seus olhos, pela vida de... de... Luzia!...

Esgotadas, nesse esforço sobre-humano, as derradeiras energias, a pobre inteiriçou-se; seus braços frouxos penderam dos ombros de Alexandre; a cabeça, escondida nos cabelos desgrehados, inclinou-se sobre o seio e ela caiu ernborcada, como um corpo desarticulado e morto, aos pés do moço, transido de espanto e piedade.

Acercaram-se da mísera algumas mulheres e a Seridó, que pedia um caneco água, um capucho de algodão queimado, e a esfregava, com força, sobre o peito.

Alexandre dirigiu-se ao Promotor:

- Se lhe mereço alguma coisa, seu, doutô, tenha compaixão daquela pobre. Ela não soube o que fez... É quase uma criança... - Tem razão - observou o Promotor, convindo docemente - É possível evitar... Demais seria uma violência inútil (Luzia Homem).

Isento de sutilezas do discurso *sério* do romance, a comédia de Martins Pena, de 1838, rasga a cortina do arbítrio:

Juiz – A Constituição!... Está bem!... Eu, o juiz de paz, hei por bem derogar a Constituição! Sr. escrivão, tome termo que a Constituição está derogada, e mande-me prender este homem.

Manuel André – Isto é uma injustiça!

Juiz – Ainda fala? Suspendo-lhe as garantias...

Manuel André – É desaforo...

Juiz, *levantando-se* – Brejeiro!... (*Manuel André corre; o juiz vai atrás.*) Pega... Pega... Lá se foi... Que o leve o diabo. (*Assenta-se.*) Vamos às outras partes. (Juiz de Paz na Roça – Martins Pena)

Justiça como estabilidade

Revolucionária e orgiásquica, na visão da velha Ema, a justiça por igualdade exige também um elemento de estabilidade:

A justiça, porém, requer alguma coisa menos precária, mais certa; não se pode fiar de hipóteses, de casualidades, de temperamentos. (Notas Semanais, de Machado de Assis.)

O segredo, então, é o da cautela, do cuidado, da ponderação lenta:

- Você tem razão, em parte - dizia-lhe, com brandura, o jovem bacharel - Mas a justiça é cega, não pode correr; deve andar com muita cautela, e, por não tropeçar, muito devagar. Além disso; essa demora, que a impacienta, é favorável a Alexandre, para que ele saia limpo de tão malfadado incidente. Tenha paciência, espere mais alguns dias. Há uma pequena complicação por esclarecer. (Luzia-Homem, Domingos Olímpio Fonte: OLÍMPIO, Domingos. Luzia-Homem. Texto integral estabelecido por Afrânio Coutinho e Maria Filgueiras; 9ª ed., São Paulo, Ática, 1983. (Série Bom Livro).

A armadilha da impessoalidade

O tratamento igualitário, no campo da justiça humana, e considerando a substituição da vindita privada pelo Estado, tem como pressuposto a impessoalidade e o rigor. Não há privilégios nem misericórdias na atuação estatal, mas sim o exercício gélido da autoridade:

— Compreendo perfeitamente, respondeu o chefe de polícia, colocando de novo as lunetas; mas a senhora deve saber que eu, no lugar em que estou, cumpro um dever sagrado! A justiça, minha senhora, tem por obrigação do cargo violar friamente todos os recintos e todos os segredos. Quanto não me custa ouvir às vezes os pormenores de uma desgraça vergonhosa ou de alguma negra miséria de família? Mas assim é preciso; eu aqui não sou um homem, sou simplesmente um instrumento da Lei. Tenha pois a bondade de abrir o coração e dizer-me tudo o que sabe a respeito de Gregório, que me poupará dessa forma o sacrifício de torturá-la com o meu interrogatório. (...) (Girândola de Amores Aluísio Azevedo).

Tal critério tem manifestação emblemática no rigor da justiça castrense:

Ora, aconteceu que, na véspera desse dia, Herculano foi surpreendido, por outro marinheiro, a praticar uma ação feia e deprimente do caráter humano. Tinham-no encontrado sozinho, junto à amurada, em pé, a mexer com o braço numa posição torpe, cometendo, contra si próprio, o mais vergonhoso dos atentados.

O outro, um mulatinho esperto. que tinha o hábito de andar espiando, à noite, o que faziam os companheiros, precipitou-se a chamar o Sant'Ana, e, riscando um fósforo, aproximaram-se ambos “para examinar”... No convés brilhava a nódoa de um escarro ainda fresco: Herculano acabava de cometer um verdadeiro crime não previsto nos códigos, um crime de lesa natureza, derramando inutilmente no convés seco e estéril, a seiva geradora do homem. (...)

Silêncio absoluto nas fileiras da marinhagem. Cada olhar tinha um brilho especial de indiscreta curiosidade. Um frêmito de instintiva covardia, como uma corrente elétrica, vinha à face de toda aquela gente abespinhada ali assim perante um só homem, cuja palavra trazia sempre o cunho áspero da disciplina. Era um respeito profundo chegando às raias da subserviência animal que se agacha para receber o castigo, justo ou injusto, seja ele qual for. (...)

Ele ali se achava também, no sue posto, à espera de um sinal para descarregar a chibata, implacavelmente, sobre a vítima. Sentia um prazer especial naquilo, que diabo! cada qual tem a sua mania...

— Vinte e cinco..., ordenou o comandante.

— Tira a camisa? quis logo saber Agostinho radiante, cheio de satisfação, vergando o junco para experimentar-lhe a flexibilidade.

— Não, não: com a camisa...(Bom-crioulo, de Adolfo Caminha Fonte: CAMINHA, Alfredo. *Bom-crioulo*. São Paulo: Ática, 1995)

Em ambas hipóteses, o discurso é crítico. Nem Aluísio de Azevedo nem Adolfo Caminha subscrevem esse excesso de autoridade sob o pálio da impessoalidade. No último texto, o personagem heróico, o “bom crioulo”, fugido da escravidão para um ambiente ainda mais feroz, descamba para o desrespeito e a marginalidade³⁷.

Em outros contextos, porém, o rigor será tido como expressão de justiça como eficácia, um tema que melhor veremos depois:

— O castigo que vos espera há de ser rigoroso; não deveis contar com a clemência nem com o perdão: quatro dentre vós à sorte, sofrerão a pena de homizio; os outros farão o ofício dos executores da alta justiça. Bem vedes que tanto a pena como o ofício são dignos de vós! (José de Alencar, O Guarani)

A impessoalidade, como apropriação da Justiça pelo Estado, tem porém seu par oposicional: a insubordinação. A delegação da autoridade, de onde deriva a impessoalidade, sofre a sedução da revogação popular, e esta recuperação da soberania surge também como justiça:

Certo é que, saindo à praça, encontrou partes do magote que tornavam comentando a prisão e o ladrão. Não diziam

37 Vide Álvaro Pereira do Nascimento, *Do cativo ao mar: escravos na Marinha de Guerra*, Estud. afro-asiát. no.38 Rio de Janeiro Dec. 2000: “Ao ler Bom-Crioulo, de Adolfo Caminha (1867-97), fiquei impressionado com o realismo encontrado em cada uma de suas páginas. (...)Amaro é o personagem central do romance, “tão meigo que os próprios oficiais começaram a tratá-lo por Bom-Crioulo” (Caminha 1991: 33). No entanto, Amaro se alistara na Marinha sendo escravo fugido de uma “fazenda”, ou seja, ele era propriedade de um senhor e se alistara sem a sua permissão. No mesmo dia foi para a fortaleza [...] o novo homem do mar sentiu pela primeira vez toda a alma vibrar de uma maneira extraordinária, como se lhe houvessem injetado no sangue de africano a frescura deliciosa de um fluido misterioso. A liberdade entrava-lhe pelos olhos, pelos ouvidos, pelas narinas, por todos os poros, enfim, como a própria alma da luz, do som, do odor e de todas as cousas etéreas (idem: 32). (...)O mais instigante aqui é entender o alistamento não-somente como um castigo para os homens livres, mas também uma das rotas seguidas por escravos para encobrir sua fuga e garantir a liberdade”.

ladrão, mas gatuno, fiando que era mais doce, e tanto bradavam há pouco contra a ação das praças, como riam agora das lástimas do preso.

— Ora o sujeito!

Mas então... perguntarás tu. Aires não perguntou nada. Ao cabo, havia um fundo de justiça naquela manifestação dupla e contraditória; foi o que ele pensou. Depois, imaginou que a grita da multidão protestante era filha de um velho instinto de resistência à autoridade. Advertiu que o homem, uma vez criado, desobedeceu logo ao Criador, que aliás lhe dera um paraíso para viver; mas não há paraíso que valha o gosto da oposição. Que o homem se acostume às leis, vá; que incline o colo à força e ao bel-prazer, vá também; é o que se dá com a planta, quando sopra o vento. Mas que abençoe a força e cumpra as leis sempre, sempre, sempre, é violar a liberdade primitiva, a liberdade do velho Adão. Ia assim cogitando o conselheiro Aires. (Esaú e Jacó – Machado de Assis).

A apropriação privada da justiça

A antítese da impessoalidade é o do exercício das funções de justiça para propósitos privados. Numa evocação do regime pré-constitucional:

O duque errou durante algum tempo pelo parque, embebido em pensamentos que lhe traziam sorrisos à flor do rosto. Refletia na sua força que o fazia triunfar dos homens e das mulheres. Era como um rei: rei pelo dinheiro e rei pelo sangue. Não havia conta para aqueles que o rodeavam como miríades de satélites, cada qual mais empenhado em causar-lhe alegria. Tinha visto o curioso espetáculo de todas as coisas que o comum dos homens apelida sagradas prostituírem-se-lhe aos pés. Vira a justiça despedaçar a venda dos olhos para buscar a que seria agradável a ele; vira a honra entregar-se-lhe como uma taverneira sem vergonha; vira a dignidade feita baixeza; a honestidade feita impudor; a virtude feita hipocrisia; a hipocrisia feita descaramento; o descaramento feito arma de vitória... Vira o mundo transformado em torno dele... tudo somente pelo poder do seu nome! Era bem forte! (As Jóias da Coroa, Raul

Pompéia. Fonte: POMPÉIA, Raul. As Jóias da Coroa. 1ª ed. São Paulo: Nova Alexandria).

Apesar de o discurso de Raul Pompéia parecer idiomático ao séc. XIX, a recusa dessa apropriação pela literatura é mais antiga. Vide o juízo do séc. XVI:

Vê que aqueles que devem à pobreza
Amor divino, e ao povo caridade,
Amam somente mandos e riqueza,
Simulando justiça e integridade;
Da feia tirania e de aspereza
Fazem direito e vã severidade;
Leis em favor do Rei se estabelecem,
As em favor do povo só perecem.(...) (Camões, Lusíadas)

Não menos recusa a privatização de jurisdição pública o séc. XVIII, pelo menos na visão da ficção do XIX:

Nenhum, porém, o fizera com tão fortes razões como o novo governador, homem de grandes espíritos, de animo ousado e tão dado á pratica de ator de despotismo que o próprio rei lhe estranhará asperrissimamente, em data de 7 de outubro de 1709 o <Ter invadido a jurisdição dos ministros, soltado presos, mandado tirar devassas, suspenso no procedimento dele despoticamente, abusado das regias leis e provisões e cometido outros absurdos e excessos de grande prejuízo á boa igualdade da razão e em grande dano da justiça dos povos de Pernambuco.>. (O Matuto, de Franklin Távora, Fonte:TÁVORA, Franklin. O matuto: crônica pernambucana. Rio de Janeiro : Garnier, 1902).

A apropriação do poder de justiça pelo Estado

A Justiça como apropriação estatal ainda é sentida como uma questão histórica; ainda simples alternativa à ação privada, e extremamente frágil:

(...) — A nossa tenção é pedirmos a D. Antônio de Mariz que nos entregue o assassino de Bento.

— Justo! E se ele recusar, estamos desligados do nosso juramento e faremos justiça pelas nossas mãos.

— Procedeis como homens de brio e pundonor; liguemo-nos todos e vereis que obteremos reparação; mas para isto é preciso firmeza e vontade. Não percamos tempo. Quem de vós se incumbe de ir como parlamentaríio a D. Antônio? (O Guarani, José de Alencar)

Tomemos agora um texto literário, mas formalmente não ficcional. Euclides da Cunha vai desenhar a personalidade de Moreira César, comandante de uma das expedições a Canudos, que está fadada ao insucesso. A narrativa indica as falibilidades e fragilidades das forças armadas em face do aparelho estatal, e aponta o paradoxo de como quem se pusera à margem da justiça, agora se incumbia de aplicá-la. Para contar, simplesmente, a história de Canudos, o trecho seria irrelevante. Para a construção do personagem Moreira César, em toda sua densidade romanesca, é um texto precioso. Temos, assim a mesma estruturação de um personagem de ficção :

Foi em 1884, no Rio de Janeiro. Um jornalista, ou melhor, um alucinado, criara, agindo libérrimo graças à frouxidão das leis repressivas, escândalo permanente de insultos intoleráveis na Corte do antigo Império; e tendo respingado sobre o exército parte das alusões indecorosas, que por igual abrangiam todas as classes, do último cidadão ao monarca, foi infelizmente resolvida por alguns oficiais, como supremo recurso, a justiça fulminante e desesperadora do linchamento.

Assim se fez. E entre os subalternos encarregados de executar a sentença — em plena rua, em pleno dia, diante da justiça armada pelos Comblains de toda a força policial em armas — figurava, mais graduado, o capitão Moreira César, ainda moço, à volta dos trinta anos, e tendo já em seus assentamentos, averbados, merecidos elogios por várias comissões exemplarmente cumpridas. E foi o mais afoito, o mais impiedoso, o primeiro talvez no esfaquear pelas costas a vítima, exatamente na ocasião em que ela, num carro, sentada ao lado de autoridade superior do próprio exército, se acolhera ao patrocínio imediato das leis...

O crime acarretou-lhe a transferência para Mato Grosso, e dessa Sibéria canicular do nosso exército tornou somente após a proclamação da República. (Os Sertões – volume 2, Expedição Moreira César, Euclides da Cunha)

A justiça humana diante da justiça estatal

Apropriada como monopólio estatal de poder, a Justiça como instituição não exaure, porém a noção de justiça comutativa, retributiva, pelo menos na vida individual dos personagens de ficção:

Nesse período de agitação do cérebro ocioso e vazio, ela só pensava na iniquidade do constrangimento de um inocente, no martírio da enxovia imunda, na arrogância petulante de Crapiúna e no cruel insulto, que a chicoteara como um relho. Alcançado o anelo de justiça e vindita, parecia faltar-lhe a razão de viver. (Luzia-Homem, Domingos Olímpio Fonte: Olímpio, Domingos. Luzia-Homem. Texto integral estabelecido por Afrânio Coutinho e Maria Filgueiras; 9ª ed., São Paulo, Ática, 1983. (Série Bom Livro).

Outro atributo da justiça humana, distinto das virtudes que transcendem a igualdade, como a misericórdia, é a capacidade de reparação:

Ficando só, era natural pegar do café e bebê-lo. Pois, não, senhor; tinha perdido o gosto à morte. A morte era uma solução; eu acabava de achar outra, tanto melhor quanto que não era definitiva, e deixava a porta aberta à reparação, se devesse havê-la. Não disse perdão, mas reparação, isto é, justiça. Qualquer que fosse a razão do ato, rejeitei a morte, e esperei o regresso de Capitu. Este foi mais demorado que de costume; cheguei a temer que ela houvesse ido à casa de minha mãe, mas não foi. (Machado de Assis, Dom Casmurro)

De outro lado, o Estado exerce justiça ainda que, no senso comum, seja ele mesmo o causador último do ato injusto:

(...) Metia-lhes intenso dó o Belota, tão bom para elas, uma vítima da amizade, ou das más companhias. Nada

diziam em defesa de Crapiúna; consideravam, entretanto, injustiça prenderem o outro, homem incapaz de fazer mal e sempre, bem procedido no serviço. Só tinha o defeito de jogar, mas o Governo devia saber que ele não se podia manter com o reles soldo; era homem como os paisanos. Ninguém vive enchendo a barriga de vento como os camaleões. (Luzia-Homem, Domingos Olímpio)

A justiça estatal também se cega quanto à consciência pessoal da justiça, mesmo quando o próprio real clama pela condenação:

Foi a júri e não foi difícil absolvê-lo. Ninguém acreditava na sua criminalidade, nem o promotor, nem jurados, nem juiz, ninguém! Quando, porém, o juiz, à vista das respostas do júri, mandou-o pôr em liberdade, se por "al" não estivesse preso, conforme a linguagem forense, Lourenço se levantou, pediu vênha ao juiz, e, perante este e os jurados, protestou contra a sua absolvição, nos seguintes termos:

- Senhor juiz e senhores jurados, eu protesto contra a minha absolvição que é iníqua e injusta, em face da minha consciência. Sou um criminoso, ninguém melhor do que eu pode afirmá-lo; quero sofrer, para resgatar-me e poder, então, viver outra vez com alegria e satisfação, no convívio dos meus semelhantes. Nenhuma justiça, nenhum homem tem o direito de se opor a esse meu sincero desejo... Protesto, portanto!

Sentou-se; mas, o promotor não apelou. (Histórias e Sonhos, de Lima Barreto)

A justiça como coerência e consistência

A questão da coerência e consistência do discurso do Direito como pressuposto da justiça é tratado num dos mais engenhosos textos machadianos, numa construção irônica e vivificante. O diabo constrói seu sistema moral e jurídico; mas é forçado a fazê-lo em natureza igual e contrária ao sistema natural. Vejamos o papel da lógica estrutural do sistema:

Nada mais curioso, por exemplo, do que a definição que ele dava da fraude. Chamava-lhe o braço esquerdo do homem; o braço direito era a força; e concluía: muitos homens são canhotos, eis tudo. Ora, ele não exigia que todos fossem canhotos; não era exclusivista. Que uns fossem canhotos, outros destros; aceitava a todos, menos os que não fossem nada.

A demonstração, porém, mais rigorosa e profunda, foi a da venalidade. Um casuísta do tempo chegou a confessar que era um monumento de lógica. A venalidade, disse o Diabo, era o exercício de um direito superior a todos os direitos. Se tu podes vender a tua casa, o teu boi, o teu sapato, o teu chapéu, cousas que são tuas por uma razão jurídica e legal, mas que, em todo caso, estão fora de ti, como é que não podes vender a tua opinião, o teu voto, a tua palavra, a tua fé, cousas que são mais do que tuas, porque são a tua própria consciência, isto é, tu mesmo? Negá-lo é cair no obscuro e no contraditório. Pois não há mulheres que vendem os cabelos? não pode um homem vender uma parte do seu sangue para transfundi-lo a outro homem anêmico? e o sangue e os cabelos, partes físicas, terão um privilégio que se nega ao caráter, à porção moral do homem?

Demonstrando assim o princípio, o Diabo não se demorou em expor as vantagens de ordem temporal ou pecuniária; depois, mostrou ainda que, à vista do preconceito social, conviria dissimular o exercício de um direito tão legítimo, o que era exercer ao mesmo tempo a venalidade e a hipocrisia, isto é, merecer duplicadamente. (A Igreja do Diabo, *in* Recordações da Casa Velha.)

A imagem da justiça

A visão literária do valor da justiça é essencialmente cética, e freqüentemente cáustica. Os personagens do nosso acervo nunca agem na pressuposição de um valor de justiça humana como eficaz e relevante:

- Porque eu apoiava a oposição lá no meu município... É isso: a polícia, no Brasil... Eu posso falar: sou brasileiro... A polícia no Brasil só serve para exercer vinganças, e mais nada.

- Por que não processou as autoridades, "seu" Laje? perguntei.

- Qual, menino! você é muito ingênuo... Crê na justiça, ora!
(Lima Barreto Recordações do Escrivão Isaías Caminha)

Em especial, falta ao valor, em sua materialidade histórica, a regularidade e confiabilidade:

- Não te fies nisso. A justiça é uma deusa muito volúvel e fértil em patranhas. Hoje desmanchará o que fez ontem. (...)
(Bernardo Guimarães, A escrava Isaura)

A prática democrática crescente não apurou ainda as instituições da justiça. Ao contrário, as instabilidades do processo dão pretexto à injustiça:

Juiz – Vamo-nos preparando para dar audiência. (*Arranja os papéis.*) O escrivão já tarda; sem dúvida está na venda do Manuel do Coqueiro... O último recruta que se fez já vai-me fazendo peso. Nada, não gosto de presos em casa. Podem fugir, e depois dizem que o juiz recebeu algum presente. (*Batem à porta.*) Quem é? Pode entrar. (*Entra um preto com um cacho de bananas e uma carta, que entrega ao juiz. Juiz, lendo a carta:*) “Il.^{mo} Sr. – Muito me alegro de dizer a V. S.^a que a minha ao fazer desta é boa, e que a mesma desejo para V.S.^a pelos circunclóquios com que lhe venero”. (*Deixando de ler:*) Circunclóquios... Que nome em breve! O que quererá ele dizer? Continuemos. (*Lendo:*) “Tomo a liberdade de mandar a V.S.^a um cacho de bananas-maçãs para V.S.^a comer com a sua boca e dar também a comer à Sr.^a Juíza e aos Srs. Juizinhos. V.S.^a há-de reparar na insignificância do presente; porém, Il.mo Sr., as reformas da Constituição permitem a cada um fazer o que quiser, e mesmo fazer presentes; ora, mandando assim as ditas reformas, V.S.^a fará o favor de aceitar as ditas bananas, que diz minha Teresa Ova serem muito boas. No mais, receba as ordens de quem é seu venerador e tem a honra de ser – Manuel André de Sapiruruca.” – Bom, tenho bananas para a sobremesa. Ó pai, leva estas bananas para dentro e entrega à senhora. Toma lá um vintém para teu tabaco. (*Sai o negro.*) O certo é que é bem bom ser juiz de paz cá pela roça. De vez em quando

temos nossos presentes de galinhas, bananas, ovos, etc., etc.
(Juiz de Paz na Roça – Martins Pena)

Não será esse, porém, uma instância específica do séc. XIX. Seja própria do contexto brasileiro, ou do *volksgeist* luso-brasileiro, a mesma causticidade se vê na literatura de dois séculos antes, na palavra de um magistrado baiano³⁸:

Se a lei se deve observar,
como agora falta, e tarda?
a Justiça apenas guarda,
que agradou por aguardar:
privou por se depravar
pela via nunca usada,
deu ao vício franca entrada,
e bem se pode entender,
que enquanto vivo há de ser
privado pela privada.

(...)

Como ser douto cobiça,
a qualquer Moça de jeito
onde pôs o seu direito,
logo acha, que tem justiça:
a dar-lhe favor se atiça,
e para o fazer com arte,
não só favorece a parte,
mas toda a prosápia má,
se justiça lhe não dá,
lhe dá direito, que farte. (Gregório de Mattos Guerra)

Formal, ou distante, a questão da justiça surge freqüentemente na literatura como um valor meramente icônico:

38 Gregório formou-se em Coimbra e, segundo a História Da Literatura Brasileira, de José Veríssimo, “teve em Lisboa os lugares de juiz do crime e de juiz de órfãos. Como tal uma de suas sentenças figura nos Comentários de Pegas às ordenações do Reino. Cresceu em créditos e considerações de jurista e jurisperito, com bons augúrios de aumentos na magistratura”.

Para uns, a linha reta exprime os bons sentimentos, a justiça, a probidade, a inteireza, a constância, etc., ao passo que os sentimentos ruins ou inferiores, como a bajulação, a fraude, a deslealdade, a perfídia, são perfeitamente curvos. Os adversários respondem que não, que a linha curva é a da virtude e do saber, porque é a expressão da modéstia e da humildade; ao contrário, a ignorância, a presunção, a toleima, a parlapaticice, são retas, duramente retas. (Machado de Assis, *A Sereníssima República*, in *Papéis Avulsos*)

O mesmo valor é tomado no plano evocativo da poesia oficial:

Mas se ergues da justiça a clava forte,
Verás que um filho teu não foge à luta,
Nem teme, quem te adora, a própria morte,
Música: Francisco Manuel da Silva (1795/1865)
Letra: Joaquim Osório Duque Estrada (1870/1927)

Hino à Bandeira
Música: Francisco Braga (1868/1945)
Letra: Olavo Bilac (1865/1918)
Sobre a imensa Nação Brasileira,
Nos momentos de festa ou de dor,
Paira sempre sagrada bandeira
Pavilhão da justiça e do amor.

Em pelo menos um momento notável, a idéia da justiça é completamente esvaziada de qualquer conteúdo. Não há, talvez, uma instância tão crítica do significado de justiça no nosso acervo:

Perde-se a vida, ganha-se a batalha! Sem vaidade, e falando como se fosse de outro, era um verso magnífico. Sonoro, não há dúvida. E tinha um pensamento, a vitória ganha à custa da própria vida, pensamento alevantado e nobre. Que não fosse novidade, é possível, mas também não era vulgar; e ainda agora não explico por que via misteriosa entrou numa cabeça de tão poucos anos. Naquela ocasião achei-o sublime. Recitei uma e muitas vezes a chave de ouro, depois repeti os dous versos seguidamente, e dispus-me a ligá-los pelos doze centrais. A idéia agora, à vista do último verso, pareceu-me melhor não ser *Capitu*; seria a justiça. Era mais próprio dizer que, na pugna pela

justiça, perder-se-ia acaso a vida, mas a batalha ficava ganha. Também me ocorreu aceitar a batalha, no sentido natural, e fazer dela a luta pela pátria, por exemplo; nesse caso a flor do céu seria a liberdade. Esta acepção porém, sendo o poeta um seminarista, podia não caber tanto como a primeira, e gastei alguns minutos em escolher uma ou outra. Achei melhor a justiça, mas afinal aceitei definitivamente uma idéia nova a caridade, e recitei os dous versos, cada um a seu modo, um languidamente: Oh! flor do céu! oh! flor cândida e pura e o outro com grande brio: Perde-se a vida, ganha-se a batalha! (Dom Casmurro Machado de Assis).

A visão também se extrema com a da impotência dos homens, mesmo probos e esforçados, em fazer justiça. Não só o despreparo, a corrupção, a política, os fatos da História, mas a própria condição humana seria avessa à Justiça como valor:

Mas logo depois examinando com a minha luneta e pela visão do bem um por um todos os condenados, horrorizei-me da cegueira, da ignorância, ou da perversidade da justiça pública, dos tribunais, e dos juizes.

Será incrível; mas é verdade: não há um só daqueles infelizes condenados que não seja inocente dos crimes que lhes imputam, e todos eles, todos sem exceção, se distinguem por virtudes raras e pela moralidade mais exemplar!...

Eu estava convulso, irritado, aceso em fúria; veio-me a idéia soltar um brado de revolta, excitar as pobres vítimas à resistência, às armas, e à vingança; lembrei-me porém a tempo dos soldados que guardavam o estabelecimento e fugi das oficinas precipitadamente e bramindo de cólera.

Voltava para casa dominado por pensamentos perigosos, e revolucionários, e desejoso de uma profunda transformação social, que acabasse com os algozes, e salvasse as vítimas; mas de súbito parei: a casualidade me mostrava um grupo de cinco homens, conversando alegremente na rua, onde acabavam de encontrar-se; conheci a todos cinco: três eram desembargadores, e dois eram juizes de direito, portanto presidentes de júri; simples aplicadores da lei, ou

fiscalizadores das nulidades, e das regras legais dos processos, eram contudo magistrados, e tendo contribuído para a condenação e tormentos de tantos inocentes, os monstros ainda podiam conversar com alegria!

Fitei sobre eles a luneta mágica, estudando-os um por um para inteirar-me de todos os instintos ferozes ocultos em seus corações de tigres...

E cinco vezes caí das nuvens e fiquei adoidado na terra...

Todos esses cinco magistrados são sábios, íntegros, justiceiros, escrupulosos e até aquele momento nenhum deles tinha jamais contribuído para uma só condenação injusta nem lavrado sentença nem lado o mais simples despacho que não fossem inspirados pela sabedoria, e baseados na lei.

A minha confusão não pode ser maior: os condenados eram inocentes, os condenadores tinham sentenciado com acerto; a contradição tornara-se pois evidente. (Luneta Mágica, *Joaquim Manuel de Macedo*).

As instituições da justiça

As
leis
exist
em,
mas
quem
as
aplic
a ?
Purg
atóri
o:
Aligh
ieri ,
Dant
e

A questão da visão da justiça, pela literatura brasileira, como instituição foi objeto do interessante estudo, já citado, de Eliane Botelho Junqueira. Mas acredito poder contribuir, com nosso acervo de análise, para uma perspectiva ainda mais interessante da questão.

O que resulta dessa visão ficcional é – sem surpresas -, uma visão cética, onde não cabe jamais o papel do advogado como herói, do juiz como ministrador de uma equidade filosófica, e do procedimento como uma busca épica pela verdade e pela paz social. Um exato oposto, assim, do papel dos atores e do funcionamento da justiça na mitologia americana:

The following analysis of *Anatomy* reveals that Hollywood's influential image of the hero-lawyer is modeled on the western genre's hero. *Anatomy's* hero-lawyer features significant western hero characteristics, including extraordinary, professional fighting skills and "true manhood", which entails a commitment to justice and natural law, as well as inherent honor. In its construction of its lawyer as a western-hero, *Anatomy* embraces the Old West's mythological honor code, introducing it into the new hero-lawyer film genre³⁹.

Justiça como eficácia

Como mencionamos, em nosso campo de pesquisa há uma rara, talvez única, imagem de justiça eficaz e respeitada. Não se trata do Poder Judiciário, mas daquilo que no sistema administrativo retratado – no caso, o Tempo do Rei – passava

39 Orit Kamir, *Anatomy of Hollywood's Honorable Hero-Lawyer: A Law-and-Film Study of the Western Motifs, Honor-Based Values and Gender Politics, Underlying Anatomy of a Murder's Construction of the Lawyer Image*, encontrado em http://sitemaker.umich.edu/Orit_Kamir/files/anatomyfinal.pdf, visitado em 2/8/2004.

por justiça correcional. É a figura vigorosa do Major Miguel Nunes Vidigal⁴⁰

O major Vidigal era o rei absoluto, o árbitro supremo de tudo que dizia respeito a esse ramo de administração; era o juiz que julgava e distribuía a pena, e ao mesmo tempo o guarda que dava caça aos criminosos; nas causas da sua imensa alçada não haviam testemunhas, nem provas, nem razões, nem processo; ele resumia tudo em si; a sua justiça era infalível; não havia apelação das sentenças que dava, fazia o que queria, e ninguém lhe tomava contas. Exercia enfim uma espécie de inquirição policial. Entretanto, façamos-lhe justiça, dados os descontos necessários às idéias do tempo, em verdade não abusava ele muito de seu poder, e o empregava em certos casos muito bem empregado.

(...)O tema do sermão foi a necessidade de buscar o Leonardo uma ocupação, de abandonar a vida que levava, gostosa sim, porém sujeita a emergências tais como a que acabava de dar-se. A sanção de todas as leis que a predadora impunha ao seu ouvinte eram as garras do Vidigal. - Haveis de afinal cair-lhe nas unhas, dizia ela no fim de cada período; e então o côvado e meio te cairá também nas costas. Esta idéia do côvado e meio fez brecha no espírito do Leonardo: ser soldado era naquele tempo, e ainda hoje talvez, a pior coisa que podia suceder a um homem. (Memórias de um Sargento de Milícias. Manuel Antonio de Almeida).

40 Essa figura histórica é curiosa. O autor assim o descreve: “Era o Vidigal um homem alto, não muito gordo, com ares de moleirão; tinha o olhar sempre baixo, os movimentos lentos, e voz descansada e adocicada. Apesar deste aspecto de mansidão, não se encontraria por certo homem mais apto para o seu cargo, exercido pelo modo que acabamos de indicar.” Mário de Andrade: “O Major Vidigal, que principia aparecendo em 1809, foi durante muitos anos, mais que o chefe, o dono da Polícia colonial carioca. Habilíssimo nas diligências, perverso e ditatorial nos castigos, era o horror das classes desprotegidas do Rio de Janeiro. Alfredo Pujol lembra uma quadrinha que corria sobre ele no murmúrio do povo: Avistei o Vidigal./Fiquei sem sangue;/Se não sou tão ligeiro/O quati me lambe.” O Major morreu em 1853 como Marechal e Cavaleiro da Ordem do Cruzeiro do Sul.

A justiça de paz e a justiça togada

Juiz
consc
ienci
oso

“Ofic
iais
de
justiç
a!
Faça
m
clara
esta
gente
!”

Grita
va
em
certa
audiê
ncia
Irrita
do o
presi
dente

“Se
conti
nua o
barul
ho,
Fica
a
sessã
o
encer
rada;
É já a
déci

ma
causa
Que
julgo
, sem
ouvir
nada.
”

(Lace
rda
Couti
nho)

Um elemento crucial do sistema da justiça no século XIX era do juiz leigo, que era eleito popularmente. Importante na temática da Justiça do Ermo, que veremos mais abaixo, a justiça de paz da época funcionava como a justiça especial dos nossos dias, ao pé do jurisdicionado, perto dos fatos e das pessoas. O ganho da eficácia, porém, parecia vir em prejuízo da impessoalidade:

Juiz – Sr. Escrivão, chame o meirinho. (*Os dous apartam-se.*) Espere, Sr. Escrivão, não é preciso. (*Assenta-se.*) Meus senhores, só vejo um modo de conciliar esta contenda, que é darem os senhores este leitão de presente a alguma pessoa. Não digo com isso que mo dêem.

Tomás – Lembra Vossa Senhoria bem. Peço licença a Vossa Senhoria para lhe oferecer.

Juiz – Muito obrigado. É o senhor um homem de bem, que não gosta de demandas. E que diz o Sr. Sampaio?

Sampaio – Vou a respeito de dizer que se Vossa Senhoria aceitar, fico contente.

Tomás – Se Vossa Senhoria quer, posso mandar algumas.

Juiz – Faz-me muito favor. Tome o leitão e bote no chiqueiro quando passar. Sabe aonde é?

Tomás, *tomando o leitão* – Sim senhor.

Juiz – Podem se retirar, estão conciliados. (Juiz de Paz da Roça – Martins Pena)

A excelente dissecação do problema – vantagens e ônus – da justiça leiga na peça de Martins Pena merece confronto com o discurso articulado e não ficcional de Joaquim Nabuco:

Essa era a sua qualidade principal de político: adaptar os meios aos fins e não deixar periclitarem o interesse social maior por causa de uma doutrina ou de uma aspiração. Como se mostrou com o júri, mostrou-se, ele, magistrado, com a magistratura. A distribuição da justiça foi um de seus maiores empenhos na ordem administrativa, uma boa magistratura, eficiente, instruída, prestigiada, era para ele a solução de metade dos nossos problemas; levantar a vocação de juiz por todos os meios ao alcance do Estado seria o complemento do seu outro desideratum: levantar a vocação religiosa, formar um clero a cujas mãos se pudesse entregar a guarda dos dez mandamentos, o depósito da moral e dos costumes. No entanto será ele o principal sustentador das aposentadorias forçadas de magistrados vitalícios; ele quem transformará em máxima do governo, em aspiração para os homens de Estado, as palavras de um antigo chanceler francês, quando disse: “Prefiro mil vezes ser julgado por um magistrado venal, porém, capaz, a sê-lo por um magistrado honesto, porém, ignorante, porque o magistrado venal não faltará à justiça senão nas causas em que tiver interesse em fazê-lo, enquanto que o magistrado ignorante só por um mero acaso pronunciará uma boa sentença”. (Joaquim Nabuco, Minha Formação)

O texto teatral fala mais, e melhor, do que a apologética familiar dos Nabuco; mas falam o mesmo. O juiz de paz simplesmente ignora o Direito, e além disso é venal, mesmo na inocência de o ser:

Escrivão – Vossa Senhoria vai amanhã à cidade?

Juiz – Vou, sim. Quero-me aconselhar com um letrado para saber como hei-de despachar alguns requerimentos que cá tenho.

Escrivão – Pois Vossa Senhoria não sabe despachar?

Juiz – Eu? Ora essa é boa! Eu entendo cá disso? Ainda quando é algum caso de embigada, passe; mas casos sérios, é outra cousa. Eu lhe conto o que me ia acontecendo um dia. Um meu amigo me aconselhou que, todas as vezes que eu não soubesse dar um despacho, que desse o seguinte: “Não tem lugar.” Um dia apresentaram-me um requerimento de certo sujeito, queixando-se que sua mulher não queria viver com ele, etc. Eu, não sabendo que despacho dar, dei o seguinte: “Não tem lugar.” Isto mesmo é que queria a mulher; porém [o marido] fez uma bulha de todos os diabos; foi à cidade, queixou-se ao Presidente, e eu estive quase não quase suspenso. Nada, não me acontece outra.

Escrivão – Vossa Senhoria não se envergonha, sendo um juiz de paz?

Juiz – Envergonhar-me de quê? O senhor ainda está muito de cor. Aqui para nós, que ninguém nos ouve, quantos juízes de direito há por estas comarcas que não sabem aonde têm sua mão direita, quanto mais juízes de paz... E além disso, cada um faz o que sabe. (Juiz de Paz na Roça – Martins Pena)

Quando se fala bem da magistratura, o juízo é referido a personagem cuja função no texto inverte o sentido através de uma ironia elaborada. Aqui, o pensamento vai na cabeça de alguém que se surpreende de ter sido considerado como “de senso comum”:

Um juiz de direito não pode julgar de modo torto: ao menos tem a seu favor a presunção de direito, que em falta de todos os outros fundamentos é fundamento que supre todos os outros; para mim que não sei aprofundar as coisas, um juiz de direito é sempre tão infalível na ciência do direito, como um padre na ciência do latim. (Luneta Mágica, Joaquim Manuel de Macedo)

Os condicionantes da profissão mesmo dos juízes togados são a nomeação política, a carreira de favores:

Formado em direito, tentou advogar; mas, nada conseguindo, veio ao Rio, agarrou-se à sobrecasaca de um

figurão, que o fez promotor de justiça do tal Sernambi, para livrar-se dele.

Aos poucos, com aquele seu faro de adivinhar onde estava o vencedor-qualidade que lhe vinha da ausência total de emoção, de imaginação, de personalidade forte e orgulhosa-, Numa foi subindo.

Nas suas mãos, a justiça estava a serviço do governo; e, como juiz de direito, foi na comarca mais um ditador que um sereno apreciador de litígios.

Era ele juiz de Catimbau, a melhor comarca do Estado, depois da capital, quando Neves Cogominho foi substituir o tio na presidência de Sernambi.

Numa não queria fazer mediocrementemente uma carreira de justiça de roça. Sonhava a câmara, a Cadeia Velha, a Rua do Ouvidor, com dinheiro nas algibeiras, roupas em alfaiates caros, passeio à Europa; e se lhe antolhou, meio seguro de obter isso, aproximar-se do novo governador, captar-lhe a confiança e fazer-se deputado. (A Nova Califórnia, Lima Barreto)

Tal trajeto não leva, necessariamente, à ponderação e serenidade judicial:

Aos 24 anos, eu já havia escrito um artigo de fundo para o *Jornal do Comércio*, e em sexta-feira da Paixão, e havia assinado uma sentença de morte, como juiz de direito interino da comarca da Paraíba do Sul. (Rodrigo Octávio, em O Momento Literário, João do Rio)

O advogado

"The
first
thing
we
do,
kill
all
the

Como em quase todas culturas, o advogado recebe da ficção do século XIX um tratamento acérrimo. Como notou Eliane Botelho Junqueira, a advocacia na visão do período era encargo passageiro e de pouco interesse, e o profissional ecoava no senso comum como desonesto e indiferente à injustiça – na melhor das hipóteses:

Um dia conseguiu meter na Casa Verde o juiz de fora; mas procedia com tanto escrúpulo que o não fez senão depois de estudar minuciosamente todos os seus atos e interrogar os principais da vila. Mais de uma vez esteve prestes a recolher pessoas perfeitamente desequilibradas; foi o que se deu com um advogado, em quem reconheceu um tal conjunto de qualidades morais e mentais que era perigoso deixá-lo na rua. Mandou prendê-lo; mas o agente, desconfiado, pediu-lhe para fazer uma experiência; foi ter com um compadre, demandado por um testamento falso, e deu-lhe de conselho que tomasse por advogado o Salustiano; era o nome da pessoa em questão.

-Então parece-lhe...?

-Sem dúvida: vá, confesse tudo, a verdade inteira, seja qual for, e confie-lhe a causa.

O homem foi ter com o advogado, confessou ter falsificado o testamento e acabou pedindo que lhe tomasse a causa. Não se negou o advogado; estudou os papéis, arrazoou longamente, e provou a todas as luzes que o testamento era mais que verdadeiro. A inocência do réu foi solenemente proclamada pelo juiz e a herança passou-lhe às mãos. O distinto jurisconsulto deveu a esta experiência a liberdade. (O Alienista, de Machado de Assis. Fonte: ASSIS, Machado de. O alienista. São Paulo: FTD, 1994. (Grandes leituras).

Não é só Machado o crítico; Lima Barreto, não menos vitriólico, questiona qual o real papel do advogado no procedimento judicial:

O doutor Felismino Praxedes Itapiru da Silva ia começar a sua estupenda defesa, quando um dos circunstantes, dirigindo-se ao presidente do tribunal, disse com voz firme:

- Senhor juiz, quem me quis matar e me roubou, não foi este pobre homem que aí está, no banco dos réus; foi o seu eloqüente e elegante advogado.

Houve sussurro; o juiz admoestou a assistência, o popular continuou:

- Eu sou o professor Campos Bandeira. Esse tal advogado, logo que chegou do Norte, procurou-me, dizendo-se meu sobrinho, filho de uma irmã, a quem não vejo desde quarenta anos. Pediu-me proteção e eu lhe pedi provas. Nunca mas deu, senão alusões a coisas domésticas, cuja veracidade não posso verificar. Vão já tantos anos que me separei dos meus... Sempre que ia receber a minha jubilação, ele me escorava nas proximidades do quartel-general e me pedia dinheiro. Certa vez, dei-lhe quinhentos mil réis. Na noite do crime, à noitinha, apareceu-me, em casa, disfarçado em trajes de trabalhador, ameaçou-me com um punhal, amarrou-me, amordaçou-me. Queria que eu fizesse testamento em favor dele. Não o fiz; mas escapou de matar-me. O resto é sabido. O "Casaca" é inocente.

O final não se fez esperar; e, por pouco, o "Casaca" toma a si a causa do seu ex-patrono.

Quando este saía, entre dois agentes, em direitura à chefatura de polícia, um velho meirinho disse bem alto:

- E dizer-se que este moço era um "poço de virtudes" ! (Foi Buscar Lã..BARRETO, Lima. O homem que sabia javanês e outros contos. Curitiba: Polo Editorial do Paraná, 1997..Lima Barreto)

O texto mais citado neste tema é o de Casa de Pensão de Aluísio de Azevedo, no qual o Dr. Teles de Moura, qualificado como chicanista, passa a ver o direito de seu cliente apenas

quando vê perspectivas de sugar a parte contrária. Vale a pena transcrever as vacilações e o processo de decisão do advogado:

Coqueiro esperou um instante e, só terminado o barulho dos pratos, animou-se a tocar a campainha.

Apareceu um moleque, tomou o recado no corredor e pouco depois trouxe a resposta. “O amo estava muito cheio de ocupações naquele dia, não falava com pessoa alguma. Coqueiro que voltasse noutra ocasião.”

Mas Coqueiro recalcitou. Esperaria... Tinha que falar ao Dr. Teles, custasse o que custasse. “Tratava-se de uma causa importantíssima!”

Veio afinal o doutor, palitando os dentes, o ar muito ocupado, os movimentos de quem tem pressa.

— Que era? O que desejavam?

Coqueiro, com a voz alterada, os gestos dramaticamente desesperados, disse que ia ali buscar proteção de justiça. “Era pobre, sim, mas estudioso e trabalhador. Sua vida aí estava — limpa! Podia até servir de modelo! — Casara-se na idade em que os rapazes em geral só pensam nos prazeres e nas loucuras!... Adorava a família; sim! adorava, porque a família era o bem único de que ele dispunha na terra! Tinha uma irmã, inocente e indefesa, a quem até aí servira de pai e de tutor...”

O advogado deixou escapar uma tossezinha de impaciência.

— Pois bem, senhor doutor! exclamou o outro, puxando com ambas as mãos, contra o peito, o seu chapéu de feltro. — Pois bem! Essa menina, que era todo o meu orgulho, que era como o documento vivo do bom cumprimento de meu dever... essa menina, que eduquei sob os maiores sacrifícios... essa pobre criança...

— Que fez, perguntou o velho muito calmo. — Arribou de casa?...

— Não senhor, acaba de ser vítima da maior traição, da mais degradante maldade, que...

— Mas, afinal, o que houve?... interrogou o doutor fugindo às preliminares.

— Foi desvirtuada por um rapaz, um colega meu que, há coisa de um ano, hospedei, por amizade, debaixo de minhas telhas!...

— E ele? perguntou o advogado, sem se comover.

— Ele já está de passagem comprada para o Maranhão e foge amanhã mesmo, se não houver uma alma reta e caridosa que lhe embargue a viagem.

— Ela ficou pejada?

— Não senhor.

— É menor?

— Tem vinte e três anos, respondeu o queixoso, triste porque sua irmã não tinha menor idade.

— Está o diabo!... resmungou a raposa; espetando os dentes com o palito. — E ele?

— Ele tem vinte e um.

— Feitos?

— Feitos, sim senhor.

— Bem.

E acendeu um cigarro que levava a preparar lentamente.

— É o diabo!... repisava. — Não se pode fazer nada, sem a verificação do fato... É o diabo!

E calaram-se ambos. O velho a pensar; o outro, de cabeça baixa, o aspecto infeliz, a choramingar baixinho.

— Ele tem recursos? perguntou aquele afinal.

— É rico, bastante rico, respondeu Coqueiro, sem tirar os olhos do chão.

— Emancipado?...

— Totalmente. Órfão de pai! E até sócio comanditário de uma importante casa comercial. Tem para mais de quatrocentos contos de réis.

— Bem. Arranja-se a queixa-crime. Olhe! Deixe-me aí o seu nome, o dele, o da vítima, o dos competentes pais, se os tiverem, as respectivas moradas, profissões, etc., etc. Enfim a substância da queixa...

— O senhor doutor acha então que?...

— Veremos! Veremos o que se pode fazer!... Não perca tempo — escreva.

Coqueiro escreveu prontamente, interrompendo-se de vez em quando para pedir informações.

— Está direito! sussurrou o advogado, correndo os olhinhos pela folha de papel que o outro lhe acabava de passar. — Pode ir descansado. Vá.

E seu todo impaciente estava a despedir a visita. Esta, porém, fazia não dar por isso e desejava mais esclarecimentos; queria saber ao certo o tempo que deitaria aquela questão. “Se era de esperar que Amâncio casasse com a vítima; se havia recursos na lei para o perseguir, etc., etc.”

O velho palitou os dentes, mais vivamente. “Que diabo! Um processo era um processo! Tinha de percorrer todos os componentes sacramentos! Não se chegava ao fim, sem passar pelos meios!... Amâncio podia furtar-se à citação, esconder-se; os oficiais de justiça eram tão fáceis de ser comprados!... tão ordinários!... vendiam-se por qualquer lambagem, por um relógio, por um pouco de dinheiro!...

E principiou a encarecer a causa, grupando termos jurídicos, apontando dificuldades. Sua voz transformava-se ao sabor daquela terminologia especial. Em primeiro lugar tinham de apresentar uma queixa perante o juiz de direito do distrito criminal. Deferida a petição, intimar-se-ia o indicado para a audiência que se designasse. — E os interrogatórios? E a pronúncia? e os recursos?... Enfim havia de se fazer o que fosse possível!...”

— E por enquanto... acrescentou o chicanista, consultando apressado o relógio — não tenho de meu nem mais um segundo!

E despedindo o outro com um aperto de mão:

— Olhe! Procure-me logo mais na polícia, ao meio-dia. Estou lá a sua espera, pode ir descansado. Adeus!

E empurrando-o brandamente:

— Não deixe de ir, hein?... Meio-dia em ponto! Adeus! Desculpe!

Coqueiro saiu, mastigando agradecimentos.

Estava agora mais tranqüilo; — a fama do Dr. Teles de Moura enchia-o de esperanças radiosas. “Sua causa não podia cair em melhores mãos!

O jurado

O júri é instituição tida por “liberal”, ou seja, moderna. Na época, não se limita aos crimes dolosos contra a vida, e, como no parâmetro anglo-saxão, se compõe de doze jurados. Mas a literatura é muito mais simpática para essa participação popular nos aparatos da Justiça do que em relação a qualquer dos seus demais atores:

O nosso código é necessariamente muito sábio e muito previdente: exige que para ser jurado o cidadão brasileiro tenha apenas senso comum, se exigisse bom senso haveria desordem geral, porque segundo tenho ouvido dizer, muitos dos que têm feito e dos que fazem leis, muitos dos que as deviam mandar e mandam executar, e muitos dos que têm por dever aplicar as leis, não poderiam ser jurados por falta do bom senso!

Dizem-me isso, e asseguram-me que o bom senso é senso raro.

Eu não entendo estas coisas; mas atendendo ao que me dizem, chego a crer que foi por essa razão que a lei não impôs a condição do bom senso nem para que o cidadão

fosse jurado, nem para que fosse magistrado, deputado, senador, ministro, e conselheiro de estado.

Asseveram-me ainda que se assim não fosse, que, se se exigisse a condição do bom senso para o exercício daquelas altas delegações e cargos do Estado, haveria quatro quintas partes do mundo oficial inteiramente fora da lei.

Já confessei que não entendo destes graves assuntos; como, porém, acredito piamente em tudo quanto me dizem, sinto-me cheio de orgulho pela convicção legalmente autorizada de que tenho senso comum, e apoderado de irresistível vaidade com a presunção de que sou igual a muitos magistrados, deputados, senadores, ministros e conselheiros de estado, pela falta de bom senso ou senso raro. (...)

Prestei a maior atenção à leitura do processo, às testemunhas e aos debates, e quando entrei para a sala secreta achava-me plenamente convencido pelo promotor de que o réu merecia a força; pelo advogado do réu de que este era credor de uma coroa cívica, e pelo juiz de direito que resumira a acusação e a defesa, de que o réu tinha jus à força e à coroa. (Luneta Mágica, Joaquim Manuel de Macedo)

È em relação ao júri, e seu predicado de administrar uma justiça além do Direito, que se constrói um dos mais famosos e interessantes trechos de Machado de Assis:

Um dos jurados do Conselho, cheio de corpo e ruivo, parecia mais que ninguém convencido do delito e do delinqüente. O processo foi examinado, os quesitos lidos' e as respostas dadas (onze votos contra um); só o jurado ruivo estava inquieto. No fim' como os votos assegurassem a condenação, ficou satisfeito, disse que seria um ato de fraqueza, ou cousa pior, a absolvição que lhe déssemos. Um dos jurados, certamente o que votara pela negativa,-- proferiu algumas palavras de defesa do moço. O ruivo,-- chamava-se Lopes,-- replicou com aborrecimento:

-- Como, senhor? Mas o crime do réu está mais que provado.

-- Deixemos de debate, disse eu, e todos concordaram comigo.

-- Não estou debatendo, estou defendendo o meu voto' continuou Lopes. O crime está mais que provado.

O sujeito nega, porque todo o réu nega, mas o certo é que ele cometeu a falsidade, e que falsidade! Tudo por uma miséria! duzentos mil-réis! Suje-se gordo! Quer sujar-se? Suje-se gordo!

"Suje-se gordo!" Confesso-lhe que fiquei de boca aberta, não que entendesse a frase, ao contrário, nem a entendi nem a achei limpa, e foi por isso mesmo que fiquei de boca aberta. Afinal caminhei e bati à porta, abriram-nos, fui à mesa do juiz, dei as respostas do Conselho e o réu saiu condenado. O advogado apelou; se a sentença foi confirmada ou a apelação aceita, não sei; perdi o negócio de vista.

Quando saí do tribunal, vim pensando na frase do Lopes, e pareceu-me entendê-la. "Suje-se gordo!" era como se dissesse que o condenado era mais que ladrão, era um ladrão reles, um ladrão de nada.

A crítica à eficácia da Justiça e da equidade entre as pessoas prossegue. O antigo jurado toma a si mesmo a sua máxima e a comprova, convertendo-se de juiz de fato em réu:

Ao pé da palavra bíblica lembrou-me de repente a do mesmo Lopes: "Suje-se gordo!" Não imagina o sacudimento que me deu esta lembrança. Evoquei tudo o que contei agora, o discursinho que lhe ouvi na sala secreta, até àquelas palavras: "Suje-se gordo!" Vi que não era um ladrão reles, um ladrão de nada, sim de grande valor. O verbo é que definia duramente a ação. "Suje-se gordo!" Queria dizer que o homem não se devia levar a um ato daquela espécie sem a grossura da soma. A ninguém cabia sujar-se por quatro patacas. Quer sujar-se? Suje-se gordo!

Idéias e palavras iam assim rolando na minha cabeça, sem eu dar pelo resumo dos debates que o presidente do tribunal fazia. Tinha acabado, leu os quesitos e recolhemo-nos à sala secreta. Posso dizer-lhe aqui em particular que votei afirmativamente, tão certo me pareceu o desvio dos cento e dez contos. Havia, entre outros documentos, uma carta de Lopes que fazia evidente o crime. Mas parece que nem

todos leram com os mesmos olhos que eu. Votaram comigo dous jurados. Nove negaram a criminalidade do Lopes, a sentença de absolvição foi lavrada e lida, e o acusado saiu para a rua. A diferença da votação era tamanha que cheguei a duvidar comigo se teria acertado. Podia ser que não. Agora mesmo sinto uns repêlões de consciência. Felizmente, se o Lopes não cometeu deveras o crime não recebeu a pena do meu voto, e esta consideração acaba por me consolar do erro, mas os repêlões voltam. O melhor de tudo é não julgar ninguém para não vir a ser julgado. Suje-se gordo! suje-se magro! suje-se como lhe parecer! o mais seguro é não julgar ninguém... Acabou a música, vamos para as nossas cadeiras. (Suje-se gordo, em Relíquias de Casa Velha, de Machado de Assis)

O procedimento

Casa de Pensão de Aluísio de Azevedo, no qual se desenhou a acerba crítica do advogado Telles de Moura, também constrói um retrato do procedimento criminal, com uma riqueza de cores e sutilezas que não encontra paralelo no acervo estudado. Vale também aqui uma transcrição longa:

E a verdade é que ele, industriado pela raposa velha obteve um mandato de notificação, obrigando Amâncio a comparecer na polícia, imediatamente, para investigações policiais, e peitou o oficial da justiça e arranhou dois secretas e, afinal, o amante da irmã foi conduzido à presença do delegado de semana e daí levado à detenção, donde só sairia para responder ao primeiro interrogatório.

O advogado requereu corpo de delito na ofendida e, para a seguinte audiência, o comparecimento dos outros dois inquilinos que, por ocasião do crime, moravam na casa de pensão — o Dr. Tavares e o guarda-livros.

No inquérito, duas testemunhas fizeram-se ouvir contra Amâncio; um taverneiro das Laranjeiras — bicho gordo, cabeludo, a pele cor de telha e dono de uma venda que encostava os fundos com os da casa de Amélia, e um alferesinho de polícia, noutra tempo vizinho do queixoso em Santa Teresa e agora morador do casarão da Rua do Resende

— homenzito magro, pobre de sangue, olhos fundos e boca devastada por uma anodontia horrorosa.

Amâncio, que ainda não conhecia de perto o que vinha ser “um processo” e estava longe de imaginar as tricas e os ardis de que costumam lançar mão os litigantes para defender ou acusar um pobre diabo que a justiça lhe atira às unhas, ficou pasmo, quando na ocasião de assinar os atos e termos, leu a matéria do fato criminoso que lhe argüiam.

O alferes declarou em substância que: “na noite de 16 de julho do ano tal, pela uma hora da madrugada, estando em Santa Teresa, no sótão que então ocupava (o qual era místico ao sótão de uma outra casa, onde viera a saber mais tarde, residira Amâncio), ouviu daí partirem gemidos angustiados e uma voz fraca, de mulher, a dizer: Solte-me! Solte-me! Não me force! E que, tomado de curiosidade, trepara-se a espreitar para a casa do vizinho e, então, percebera distintamente que um homem violentava uma rapariga; e que depois cessaram as vozes e só se ouviram suspiros e soluços abafados.”

O tavarneiro depunha que: “naquela mesma noite, estando casualmente de passeio em Santa Teresa, ouvira, ao passar pela casa onde então residia João Coqueiro com a família uma altercação de duas vozes, na qual se destacava uma de mulher que chorava, implorando piedade e suplicando, por amor de Deus, que a não desonrassem.”

E tudo isso estava perfeitamente de acordo com que já havia declarado Coqueiro. Dissera este que “nessa mesma noite se recolhera às três horas da madrugada, pois estivera até então em Botafogo, na companhia de seu colega Firmino de Azevedo, e que, ao entrar em casa ouvira leves gemidos no quarto da irmã e, chamando por esta da varanda e perguntando-lhe o que tinha, ela respondera que — não era nada, apenas havia acordado às voltas com um pesadelo; mas que ele, Coqueiro, apesar dessa explicação, ficou muito sobressaltado e ainda mais, quando, depois de acordar a esposa, que dormia profundamente, e perguntar-lhe se houvera em casa alguma novidade durante a sua ausência, lhe ouvira dizer que — até às nove horas da noite podia afiançar que nada acontecera, mas que, daí em diante, não

sabia, visto que, sentindo-se àquela hora muito incomodada, se havia recolhido ao quarto com seu filho César e, como usava água de flor de laranja para os seus padecimentos nervosos, supunha ter essa noite medido mal a dose e tomado demais o remédio, em virtude do estranho e profundo sono que se apoderou dela até o momento em que o marido a chamara. — Por conseguinte, das nove horas da noite as três da madrugada, Amâncio e Amélia haviam ficado em plena liberdade”.

E mais: “que, no dia seguinte àquela noite fatal, Amélia não quis sair do quarto e que ele, indo ter com a irmã e perguntando-lhe se sofria de alguma coisa e se precisava de médico, notou-lhe certa perturbação, certo constrangimento e um grande embaraço na resposta negativa que deu; e que ela, todas as vezes que era interrogada, fugia com o rosto para o lado contrário e abaixava os olhos, como tolhida de vergonha; e que, examinando-a melhor, lhe descobrira sinais roxos nos lábios, nas faces, e pequenas escoriações no pescoço, nas mãos e nos braços; e que então, fulminado por uma suspeita terrível, exigiu energicamente a revelação de tudo que se passara na véspera durante a sua ausência, e que ela, empalidecendo, abria a chorar e, só depois de muito resistir, confessou que fora violentada por Amâncio, mas que este prometera, sob palavras de honra, em breve reparar com o casamento a falta cometida.”

Mme. Brizard confirmou o que disse o marido a seu respeito.

Amâncio, porém, logo que foi novamente interrogado, negou: 1.º — Que conhecesse as duas testemunhas deponentes contra ele; 2.º — Que em tempo algum houvesse sucedido o que elas afirmavam; 3.º — Que tivesse empregado violência contra Amélia; 4.º — Que fizesse promessa de casamento a quem quer que fosse e debaixo de quaisquer condições. E confirmou: 1.º — Que na noite, não de 16, mas de 20 de julho daquele ano, estabelecera relações carnis com a queixosa; 2.º — Que nessa noite, permanecendo de pé o conchavo de uma entrevista combinada entre eles, Amélia, logo que a casa se achou de todo recolhida, apresentara-se-lhe no quarto e aí ficara até às cinco horas da manhã, sem mostrar durante esse tempo o

menor indício de contrariedade, e parecendo, aliás, muito satisfeita e feliz com o que se dera, como se alcançara a realização do seu melhor desejo; 3.º — Que de tudo isso nada absolutamente teria sucedido, se Amélia não o perseguisse com os seus repetidos protestos amorosos, com as suas provocações de todo o instante, chegando um dia a surpreendê-lo à banca do trabalho com uma aluvião de beijos! que não teria sucedido, se todos os de casa, todos! — o irmão, a cunhada, ela, César, os fâmulos, não concorressem direta ou indiretamente para aquilo, armando situações, preparando conjunturas arriscadas para ambos, explanando ocasiões escorregadias, nas quais fora inevitável uma queda!

E Amâncio acrescentou, arrebatado pela correnteza de suas palavras:

— Nada disso teria acontecido, senhor juiz, se me não desafiassem, se me não sobressaltassem os instintos, atirando-a todo o momento contra mim; se nos não empurrassem para o outro, com insistência, com tenacidade, deixando-nos a sós horas e horas consecutivas: fazendo-a enfermeira ao lado de minha cama, pespegando-a todos os dias, todas as noites, diante de meus olhos, ao alcance de minha mãos — enfeitada, perfumada, preparada, como uma armadilha, como uma tentação viva e constante!

O delegado observou discretamente que Amâncio se excedia nas suas declarações; mas o auditório, na maior parte formado de estudantes, protestava, atraído por aquela setentrional verbosidade que enchia toda a sala.

Rebentavam já daqui e ali, algumas exclamações de aplauso. E a voz do nortista, irônica e crespa no seu sotaque provinciano, ainda se fez ouvir por alguns instantes, em meio do quente rumor que se alevantava.

— Ah! Por Deus! por Deus, que bem longe estava ele de imaginar um fim tão dramático àquela comédia! Bem longe estava de imaginar que, depois de o escodearem por tantas maneiras; já o fazendo chefe de uma família que não era a sua; já lhe exigindo a compra de uma casa, exigindo vestidos, jóias, carros, dinheiro para a despesas diárias, dinheiro para a botica, dinheiro para o açougue, para o

médico, para tudo! — ainda se lembrassem de estorquir-lhe a coisa única que até aí não haviam cobiçado — seu nome! — o nome que herdara de seus pais!

— Bravo! Bravo! Muito bem!

E a matinada dos estudantes rebentou com entusiasmo, sufocando os novos protestos que apareciam. O delegado reclamava silêncio, e Amâncio, muito pálido, a testa luzente de suor, tinha os braços cruzados, a cabeça baixa, numa atitude dramática de altiva resignação.

Findo o inquérito e dada a queixa, o sumário caminhou sem mais incidente. Todavia, o provinciano, sempre que era interrogado, deixava-se arrebatado como da primeira vez,

As testemunhas, com mais ou menos tergiversação, reproduziam as suas patranhas; concederam-se os dias da lei ao indiciado, para que juntasse a sua defesa escrita e os documentos; e, afinal, subiram os autos à Relação, onde foi sustentada a pronúncia, e o processo esperou que designassem a sessão em que Amâncio teria de entrar em julgamento. (Casa De Pensão, Aluísio Azevedo)

O meirinho

Não poderia concluir a visão das instituições da justiça sem trazer a deliciosa descrição de Memória de Um Sargento de Milícias, que encerra não só a crítica ao poder de fato dos agentes menores do aparato judicial, mas especialmente às delongas e custos do procedimento judicial:

Uma das quatro esquinas que formam as ruas do Ouvidor e da Quitanda, cortando-se mutuamente, chamava-se nesse tempo - O canto dos meirinhos - ; e bem lhe assentava o nome, porque era aí o lugar de encontro favorito de todos os indivíduos dessa classe (que gozava então de não pequena consideração). Os meirinhos de hoje não são mais do que a sombra caricata dos meirinhos do tempo do rei; esses eram gente temível e temida, respeitável e respeitada; formavam um dos extremos da formidável cadeia judiciária que envolvia todo o Rio de Janeiro no tempo em que a demanda era entre nós um elemento de vida: o extremo oposto eram os desembargadores. Ora, os extremos se tocam, e estes,

tocando-se, fechavam o círculo dentro do qual se passavam os terríveis combates das citações, provarás, razões principais e finais, e todos esses trejeitos judiciais que se chamava o processo. Daí sua influência moral. Mas tinham ainda outra influência, que é justamente a que falta aos de hoje: era a influência que derivava de suas condições físicas. Os meirinhos de hoje são homens como quaisquer outros; nada têm de imponentes, nem no seu semblante nem no seu trajar, confundem-se com qualquer procurador, escrevente de cartório ou contínuo de repartição. Os meirinhos desse belo tempo não, não se confundiam com ninguém; eram originais, eram tipos, nos seus semblantes transluzia um certo ar de majestade forense, seus olhares calculados e sagazes significavam chicana. Trajavam sisuda casaca preta, calção e meias da mesma cor, sapato afivelado, ao lado esquerdo aristocrático espadim, e na ilharga direita penduravam um círculo branco, cuja significação ignoramos, e coroavam tudo isto por um grave chapéu armado. Colocado sob a importância vantajosa destas condições, o meirinho usava e abusava de sua posição. Era terrível quando, ao voltar uma esquina ou ao sair de manhã de sua casa, o cidadão esbarrava com uma daquelas solenes figuras que, desdobrando junto dele uma folha de papel, começava a lê-la em tom confidencial! Por mais que se fizesse não havia remédio em tais circunstâncias senão deixar escapar dos lábios o terrível - Dou-me por citado. - Ninguém sabe que significação fatalíssima e cruel tinham estas poucas palavras! eram uma sentença de peregrinação eterna que se pronunciava contra si mesmo; queriam dizer que se começava uma longa e afadigosa viagem, cujo termo bem distante era a caixa da Relação, e durante a qual se tinha de pagar importe de passagem em um sem-número de pontos; o advogado, o procurador, o inquiridor, o escrivão, o juiz, inexoráveis Carontes, estavam à porta de mão estendida, e ninguém passava sem que lhes tivesse deixado, não um óbolo, porém todo o conteúdo de suas algibeiras, e até a última parcela de sua paciência.

Os temas do século

A par das considerações da noção da Justiça como valor, e como instituição, a nossa ficção do séc. XIX se concentra em um número de problemas jurídicos relevantes, cuja elaboração merece especial atenção do profissional do direito.

O homem incriado

I 'spect I growed. Don't think nobody never made me. Uncle Tom's Cabin, Harriet Beecher Stowe

"Desd'o berço respirando

Os ares da escravidão,

Como semente lançada

Em terra de maldição, (A Escrava Isaura).

A suspeita da personagem da Cabana do Pai Tomás, de que um homem nascido na escravidão é planta, e não gente, toca no mais radical de todos problemas filosóficos: o da consciência de que o ser humano (não menos do que outros animais) resulta da junção de homem e mulher, de que existe um *outro* real que é pressuposto da existência, epitomizado no mito de Édipo ⁴¹.

Pode haver justiça para essa planta? A questão foi objeto de precisa análise judicial, num exemplo rutilante do discurso impecável e monstruoso que o Direito pode ter, no caso Dred Scott (19 Howard (1857), 393), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1857. Dred Scott fora escravo, e trazido pelo seu senhor a um estado onde inexistia escravidão, postulou que lhe fosse declarado ser homem livre.

41 Claude Levi-Strauss, A Estrutura dos Mitos, in Antropologia Estrutural, Tempo Brasileiro. RJ, 1970

Para se entender bem essa decisão, tem-se que considerar que o acórdão apenas examinou uma questão de processo civil: se Dred Scott tinha legitimidade para se valer da Justiça Federal. Para tanto, o requisito nominal era de que fosse cidadão (muito embora mulheres e menores fossem admitidos ao processo).

[Ementa] A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a "citizen" within the meaning of the Constitution of the United States.

When the Constitution was adopted, they were not regarded in any of the States as members of the community which constituted the State, and were not numbered among its "people or citizens." Consequently, the special rights and immunities guaranteed to citizens do not apply to them. And not being "citizens" within the meaning of the Constitution, they are not entitled to sue in that character in a court of the United States, and the Circuit Court has not jurisdiction in such a suit.

The only two clauses in the Constitution which point to this race, treat them as persons whom it was morally lawful to deal in as articles of property and to hold as slaves.

The change in public opinion and feeling in relation to the African race, which has taken place since the adoption of the Constitution, cannot change its construction and meaning, and it must be construed and administered now according to its true meaning and intention when it was formed and adopted.

The plaintiff having admitted, by his demurrer to the plea in abatement, that his ancestors were imported from Africa and sold as slaves, he is not a citizen of the State of Missouri according to the Constitution of the United States, and was not entitled to sue in that character in the Circuit Court.

... [T]he legislation and histories of the times, and the language used in the Declaration of Independence, show, that neither the class of persons who had been imported as slaves, nor their descendants, whether they had become free

or not, were then acknowledged as a part of the people, nor intended to be included in the general words used in that memorable instrument.

It is difficult at this day to realize the state of public opinion in relation to that unfortunate race, which prevailed in the civilized and enlightened portions of the world at the time of the Declaration of Independence, and when the Constitution of the United States was framed and adopted....

They had for more than a century before been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior, that they had no rights which the white man was bound to respect; and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery. . . . He was bought and sold, and treated as an ordinary article of merchandise and traffic, whenever a profit could be made by it. This opinion was at that time fixed and universal in the civilized portion of the white race. It was regarded as an axiom in morals as well as in politics, which no one thought of disputing, or supposed to be open to dispute; and men in every grade and position in society daily and habitually acted upon it in their private pursuits, as well as in matters of public concern, without doubting for a moment the correctness of this opinion. (...)

The opinion thus entertained and acted upon in England was naturally impressed upon the colonies they founded on this side of the Atlantic. And, accordingly, a negro of the African race was regarded by them as an article of property, and held, and bought and sold as such, in every one of the thirteen colonies which united in the Declaration of Independence, and afterwards formed the Constitution of the United States. The slaves were more or less numerous in the different colonies, as slave labor was found more or less profitable. But no one seems to have doubted the correctness of the prevailing opinion of the time.

Esta decisão, que contribuiu para o escândalo público no Norte e para a guerra subsequente, foi tomada com o voto de sete entre os nove ministros. O voto dissidente do Justice McLean, embora tenha trechos espantosos (“In the argument, it was said

that a colored citizen would not be an agreeable member of society. This is more a matter of taste than of law”) traz no entanto um aspecto importantíssimo para a análise de nossa literatura brasileira anti-escravagista:

In giving the opinion of the court, Lord Mansfield said:

"The state of slavery is of such a nature that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political, but only by positive law, which preserves its force long after the reasons, occasion, and time itself, from whence it was created, is erased from the memory; it is of a nature that nothing can be suffered to support it but positive law."⁴²

(...) The civil law throughout the Continent of Europe, it is believed, without an exception, is, that slavery can exist only within the territory where it is established; and that, if a slave escapes, or is carried beyond such territory, his master cannot reclaim him, unless by virtue of some express stipulation. (Grotius, lib. 2, chap. 15, 5, 1; lib. 10, chap. 10, 2, 1; Wicqueposts Ambassador, lib. 1, p. 418; 4 Martin, 385; Case of the Creole in the House of Lords, 1842; 1 Phillimore on International Law, 316, 335.)

There is no nation in Europe which considers itself bound to return to his master a fugitive slave, under the civil law or the law of nations. On the contrary, the slave is held to be free where there is no treaty obligation, or compact in some other form, to return him to his master. The Roman law did not allow freedom to be sold. An ambassador or any other public functionary could not take a slave to France, Spain, or any other country of Europe, without emancipating him. A number of slaves escaped from a Florida plantation, and were received on board of ship by Admiral Cochrane; by the King's Bench, they were held to be free. (2 Barn. and Cres., 440.)

In the great and leading case of *Prigg v. The State of Pennsylvania*, (16 Peters, 594; 14 Curtis, 421,) this court say that, by the general law of nations, no nation is bound to

42 *Somerset's case* (Laffit's Rep., 1; 20 Howell's State Trials, 79.)

recognize the state of slavery, as found within its territorial dominions, where it is in opposition to its own policy and institutions, in favor of the subjects of other nations where slavery is organized. If it does it, it is as a matter of comity, and not as a matter of international right. The state of slavery is deemed to be a mere municipal regulation, founded upon and limited to the range of the territorial laws.

Note-se, assim, que haveria à época em que se analisa, uma uniformidade de direito entre as nações *civilizadas*, de que a escravidão não seria resultado de nenhuma regra pré-jurídica, ou de direito das gentes, mas simples imposição do direito positivo. Vale dizer, não se suscitava no caso um conflito de direitos fundamentais, seja o da liberdade ou igualdade, mas simplesmente uma questão de competência da justiça federal.

Sem afundar-nos agora nessa questão de Direito, tem-se de verificar, no entanto, que em certa sensibilidade brasileira haveria sim, na idéia abolicionista, um atentado a um direito fundamental: o da propriedade. Dá testemunho disse a proclamação feita pelo governo revoltoso de Pernambuco, de 1817, onde se indica uma hipótese, hoje inimaginável, de ponderação de interesses:

Patriotas pernambucanos! A suspeita tem se insinuado nos proprietários rurais: eles crêem que a benéfica tendência da presente liberal revolução tem por fim a emancipação indistinta dos homens de cor e escravos. O governo lhes perdoa uma suspeita que o honra. Nutrido em sentimentos generosos não pode jamais acreditar que os homens, por mais ou menos tostados degenerassem do original tipo de igualdade; mas está igualmente convencido de que a base de toda sociedade regular é a inviolabilidade de qualquer espécie de propriedade. Impelido destas duas forças opostas, deseja uma emancipação que não permita mais lavar entre eles o cancro da escravidão; mas a deseja lenta, regular e legal. O governo não engana ninguém; o coração se lhe sangra ao ver tão longínqua uma época tão interessante, mas não a quer prepóstera. Patriotas: vossas propriedades, ainda as mais opugnantes ao ideal da justiça serão sagradas; o

governo porá meios de diminuir o mal, não o fará cessar pela força. Crede na palavra do governo, ela é inviolável, ela é santa ⁴³.

Assim, no contraste entre os valores da liberdade e igualdade, e os da propriedade, o respeito propenderia a esse, cuidando de se prestigiar aqueles, mas numa abertura, lenta, gradual e segura; em favor dessa prudência tem-se que indicar que o gradualismo era a proposta uniforme de todos os propugnadores do fim da escravidão na época ⁴⁴.

Note-se que na sensibilidade literária do período, o *status* de sujeição e de extranomia do escravo transcenderia a questão racial africana. Em O Guarani, Loredano, ex-padre, agora líder de um bando de mercenários após assassinar um homem desarmado, para obter um mapa das minas de prata, define a condição jurídica do escravo. Vejamos qual seja.

Recorde-se que, no séc. XVI ou XVII (precisamente em 1604), quando se passa a narrativa, a escravidão era também indígena: Peri era escravo. O contexto é um momento de tensão, no qual os mercenários estão disposto a fazer um justiciamento sumário

43 NABUCO, Joaquim. O abolicionismo. São Paulo : Publifolha, 2000. (Grandes nomes do pensamento brasileiro da Folha de São Paulo).

44 ROCHA, Antonio Penalves. Idéias antiescravistas da Ilustração na sociedade escravista brasileira. Rev. bras. Hist., 2000, vol.20, no.39, p.37-68. ISSN 0102-0188. Certo que essa não era uma postura uniforme. Para José Bonifácio, o "homem, não podendo ser coisa, não pode ser objeto de propriedade. Se a lei deve defender a propriedade, muito mais deve defender a liberdade pessoal dos homens, que não pode ser propriedade de ninguém sem atacar os direitos da Providência que fez os homens livres e não escravos, sem atacar a ordem moral das sociedades, que é a execução estrita de todos os deveres prescritos pela natureza, pela religião e pela sã política". Representação à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura (1825).

do índio Peri, mas temem a repressão da justiça relativamente mais formal de um senhor rural, titular de baração e cutelo ⁴⁵:

“— O que ides fazer? perguntou imperativamente aos seus companheiros.

Os aventureiros ficaram pasmados com semelhante pergunta.

— Ides matá-lo?...

— Mas decerto!

— E não sabeis que não podereis fazê-lo? Que ele é protegido, amado, estimado por aqueles que pouco se importam se morremos ou vivemos?

— Seja embora protegido, quando é criminoso...

— Como vos iludis! Quem o julgará criminoso? Vós? Pois bem; outros julgarão inocente e o defenderão; e não tereis remédio senão curvar a cabeça e calar-vos.

— Oh! isso é demais!

— Julgais que somos alimárias que se podem matar impunemente? retrucou Martim Vaz.

— Sois piores que alimárias; sois escravos! ⁴⁶ (...) (José de Alencar, O Guarani).

45 Falando de D. Álvaro, o fazendeiro a cuja propriedade Peri se tinha integrado: “Pela força da necessidade, pois, o fidalgo se havia constituído senhor de baração e cutelo, de alta e baixa justiça dentro de seus domínios; devemos porém declarar que rara vez se tornara precisa a aplicação dessa lei rigorosa; a severidade tinha apenas o efeito salutar de conservar a ordem, a disciplina e a harmonia”. A expressão “baração e cutelo” está dicionarizada como “poder do senhor feudal de mandar enforcar, degolar, decepar membros etc.” Tal apossamento da potestade judicial não se limitava ao Séc. XVI. Diz Julio Ribeiro, em A Carne: “Até 1887 vivia-se em pleno feudalismo no interior da província de São Paulo. A fazenda paulista em nada desmerecia do solar com jurisdição da Idade Média. O fazendeiro tinha nela cárcere privado, gozava de alçada efetiva, era realmente senhor de baração e cutelo. Para reger os súditos, guiava-se por um código único - a sua vontade soberana. De fato estava fora do alcance da Justiça: a lei escrita não o atingia. Contava em tudo e por tudo com a aquiescência nunca desmentida da autoridade, e, quando, exemplo raro, comparecia à barra de um tribunal por abuso enorme e escandalosíssimo de poder, esperava-o infalivelmente a absolvição. O seu predomínio era tal que às vezes mandava assassinar pessoas livres na cidade, desrespeitava os depositários de poderes constitucionais, esbofeteava-os em pleno exercício de funções, e ainda... era absolvido”.

O Guarani voltará à nossa discussão em vários outros temas; mas cabe agora voltar ao tema da tensão entre propriedade e liberdade. É o *leit motiv* de *A Escrava Isaura*, de Bernardo Guimarães.

Um *best seller* de 1875⁴⁷, o romance sucede em quatro anos a Lei do Ventre Livre⁴⁸ e em vinte e cinco a proibição da importação de escravos ladinos da África. Isaura é mulata, mas criada como uma senhorinha de classe; filha de um feitor

46 Na verdade, essa era um figura de retórica. O bando se constituía em “homens ousados, destemidos, reunindo ao mesmo tempo aos recursos do homem civilizado a astúcia e agilidade do índio de quem haviam aprendido; eram uma espécie de guerrilheiros, soldados e selvagens ao mesmo tempo (...)D. Antônio de Mariz, que os conhecia, havia estabelecido entre eles uma disciplina militar rigorosa, mas justa; a sua lei era a vontade do chefe; o seu dever a obediência passiva, o seu direito uma parte igual na metade dos lucros. Nos casos extremos, a decisão era proferida por um conselho de quatro, presidido pelo chefe; e cumpria-se sem apelo, como sem demora e hesitação”.

47 A 1ª edição de *A Escrava Isaura* foi publicada a primeira vez em 1875, pela Casa Garnier, Rio de Janeiro.

48 A lei nº 2040, de 28 de setembro de 1871, que "Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos". Curiosamente, a lei parece se opor às premissas do romance, pois dispõe em seu art. Art. 4º: É permitido ao escravo a formação de um pecúlio com o que lhe provier de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtiver do seu trabalho e economias. “§2º: O escravo que, por meio de seu pecúlio, obtiver meios para indenização de seu valor, tem direito à alforria. Se a indenização não for fixada por acordo, o será por arbitramento. Nas vendas judiciais ou nos inventários o preço da alforria será o da avaliação”. Álvaro estava pronto para doar a Isaura o preço da alforria que, sendo arbitrado se Leôncio não consentisse, poderia resultar em manumissão judicial. Note-se que a lei ainda prescreve que “ Art. 7º: Nas causas em favor da liberdade: §1º: O processo será sumário. 2º: Haverá apelações ex-officio quando as decisões forem contrárias à liberdade”. Ao contrário do caso *Dred Scott*, o escravo no Brasil tinha acesso à justiça mesmo antes da lei. E., segundo ainda o art. 4º, §6º: As alforrias, quer gratuitas, quer a título oneroso, serão isentas de quaisquer direitos, emolumentos ou despesas” . Aparentemente, o que faltou à Isaura foi um bom advogado; Álvaro , que tinha estudado direito, devia ser mais apaixonado do que estudioso.

branco, tem da mãe apenas o vínculo jurídico da escravidão – *status* que ela nem conhece, até que sua dona, que lhe tinha criado como livre, morre. Leôncio, novo proprietário, apesar de casado, está transtornado pela escrava. Mas Isaura se nega, e foge.

Aparece Álvaro, moço de família, dez vezes mais rico do que Leôncio – abolicionista e liberal, apaixona-se por Isaura. Num momento crucial para nossa análise, os dois se defrontam, e com eles, os princípios da liberdade e da propriedade:

- Sei que há muito tempo, - disse Leôncio - V. S.^a retêm essa escrava em seu poder contra toda a justiça, iludindo as autoridades com falsas alegações, que nunca poderá provar. Porém agora venho eu mesmo reclamá-la e burlar os seus planos, e artifícios.

- Artifícios não, senhor. Protegi e protejo francamente uma escrava contra as violências de um senhor, que quer tornar-se seu algoz; eis aí tudo.

- Ah!... agora é que sei que qualquer aí pode subtrair um escravo ao domínio de seu senhor a pretexto de protegê-lo, e que cada qual tem o direito de velar sobre o modo por que são tratados os escravos alheios.

No enredo, a questão não é exclusivamente de defesa da propriedade; Leôncio, como Álvaro, tem o mesmo motivo: a paixão. Por isso, frustra-se, em favor do tema romântico, o que seria naturalmente resolvido como um tema de direito real:

- V. S.a. está de disposição a escarnecer, e eu declaro-lhe que nenhuma vontade tenho de escarnecer, nem de ser escarnecido. Confesso-lhe que desejo muito a liberdade dessa escrava, tanto quanto desejo a minha felicidade, e estou disposto a fazer todos os sacrifícios possíveis para consegui-la. Já lhe ofereci dinheiro, e ainda ofereço. Dou-lhe o que pedir... dou-lhe uma fortuna por essa escrava. Abra preço...

- Não há dinheiro que a pague; nem todo o ouro do mundo, porque não quero vendê-la.

- Mas isso é um capricho bárbaro, uma perversidade...

- Seja capricho da qualidade que V. S.^a quiser; porventura não posso ter eu os meus caprichos, contanto que não ofenda direitos de ninguém?... porventura V. S.^a não tem também o seu capricho de querê-la para si?... mas o seu capricho ofende os meus direitos, e eis aí o que não posso tolerar.

Reconhecendo, em silêncio, que a questão não tem natureza econômica, Álvaro apela para o aspecto emocional; mas não evoca aqui, a amoralidade da escravidão em geral. Suscita o desejo e o investimento pessoal que fizera a mãe de Leôncio:

- Mas o meu capricho é nobre e benfazejo, e o seu é uma tirania, para não dizer uma vilania. V. S.^a mancha a sua vida com uma nódoa indelével conservando na escravidão essa mulher; cospe o desrespeito e a injúria sobre o túmulo de sua santa mãe, que criou com tanta delicadeza, educou com tanto esmero essa escrava, para torná-la digna da liberdade que pretendia dar-lhe, e não para satisfazer aos caprichos de V. S.^a. Ela por certo lá do céu, onde está, o amaldiçoará, e o mundo inteiro a acompanhará na maldição ao homem que retém no mais infamante cativeiro uma criatura cheia de virtudes, prendas e beleza.

- Basta, senhor!.. agora fico também sabendo, que uma escrava, só pelo fato de ser bonita e prendada, tem direitos à liberdade. Pique também V. S.^a sabendo, que se minha mãe não criou essa rapariga para satisfazer aos meus caprichos, muito menos para satisfazer aos de V. S.^a a quem nunca conheceu nesta vida. Senhor Álvaro, se deseja ter alguma linda escrava para sua amásia procure outra, compre-a, que a respeito desta, pode perder toda a esperança. (...)

Assim, não é a educação e o afeto, os dados substantivos de humanidade, que definem Isaura como escrava; mas o *vinculo juris*. E tem Leôncio o direito de seqüela.

É bem verdade que o tema da escravidão, como questão moral e de cunho geral, é tangenciado no texto. Exatamente como sugere o voto dissidente no caso Dred Scott, haverá uma colisão entre direito positivo e elementos mais fundamentais.

Mas surge a dicotomia antropológica entre casa e rua de Roberto da Matta ⁴⁹: a moral, a religião e a civilização são categorias externas ao tecimento da escravidão:

- Infame e cruel direito é esse, meu caro Geraldo. É já um escárnio dar-se o nome de direito a uma instituição bárbara, contra a qual protestam altamente a civilização, a moral e a religião. Porém, tolerar a sociedade que um senhor tirano e brutal, levado por motivos infames e vergonhosos, tenha o direito de torturar uma frágil e inocente criatura, só porque teve a desdita de nascer escrava, é o requinte da celeradez e da abominação.

- Não é tanto assim, meu caro Álvaro; esses excessos e abusos devem ser coibidos; mas como poderá a justiça ou o poder público devassar o interior do lar doméstico, e ingerir-se no governo da casa do cidadão? que abomináveis e hediondos mistérios, a que a escravidão dá lugar, não se passam por esses engenhos e fazendas, sem que, já não digo a justiça, mas nem mesmo os vizinhos, deles tenham conhecimento?... Enquanto houver escravidão, hão de se dar esses exemplos. Uma instituição má produz uma infinidade de abusos, que só poderão ser extintos cortando-se o mal pela raiz (...)

Mas a justiça não tarda. A escravidão é uma questão econômica, estritamente, e o desbordamento desses limites penaliza o senhor de escravos com a ruína e a insolvência:

Seus desvarios e extravagâncias, e por último sua nefasta e insensata paixão por Isaura, fizeram-no perder de toda a cabeça, arrojando-se em um plano inclinado de despesas ruinosas, sem cálculo nem previsão alguma. Com os enormes dispêndios que teve de fazer em consequência da fuga de Isaura, mandando procurá-la por todos os cantos do império, acabou de cavar o abismo de sua ruína. Em pouco tempo o jovem fazendeiro estava de todo insolvável, sem um real em caixa, e com uma multidão de letras protestadas

49 Roberto da Matta, A casa & a rua: Espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil, Guanabara Koogan, 1991.

na carteira de seus credores. Quando estes acordaram e se lembraram de lhe abrir a falência e executar os seus bens, compreenderam que mal poderiam embolsar-se da metade do que lhes era devido, e, portanto, trataram com sofreguidão de promover os meios executivos, antes que o mal fosse a mais.

E é com afirmação da razão e prestígio da propriedade sobre a liberdade que se resolve o romance em favor de Álvaro:

Depois de conferenciar com os credores de Leôncio, propôs-lhes a compra de todos os seus créditos pela metade do seu valor. Para evitar qualquer odiosidade, que semelhante procedimento pudesse acarretar sobre sua pessoa, declarou-lhes que nenhuma intenção tinha de vexar nem oprimir o infeliz fazendeiro, que pelo contrário era seu intuito protegê-lo e livrá-lo do vexame de uma rigorosa execução judicial, e deixá-lo ao abrigo da miséria. E realmente, a despeito da aversão e desprezo que Leôncio lhe merecia, Álvaro não pretendia levar ao último extremo os meios de vingança, que por um acaso as circunstâncias tinham posto em suas mãos. Era ele dez vezes mais rico do que o seu adversário, e de muito bom grado, se não houvesse outro recurso, por um contrato amigável daria uma soma igual a toda a fortuna deste, pela liberdade de Isaura.

(...) Senhor de todos os títulos de dívida de Leôncio, isto é, de toda a sua fortuna, Álvaro partiu para Campos a fim de promover por sua conta a execução dos bens do mesmo, e munido de todos os papéis e documentos, acompanhado de um escrivão e dois oficiais de justiça, apresentou-se em pessoa em casa de Leôncio para intimar-lhe em pessoa a sentença de sua perdição.

Incidentalmente, era a questão econômica que moderava a violação do que hoje se teria por direitos humanos do escravo. Lembra Machado de Assis:

Há meio século, os escravos fugiam com frequência. Eram muitos, e nem todos gostavam da escravidão. Sucedia ocasionalmente apanharem pancada, e nem todos gostavam de apanhar pancada. Grande parte era apenas repreendida; havia alguém de casa que servia de padrinho, e o mesmo

dono não era mau; além disso, o sentimento da propriedade moderava a ação, porque dinheiro também dói⁵⁰. (Pai contra mãe, Relíquias de Casa Velha)

De outro lado, o mau tratamento do escravo é igualmente justificado por razões de eficácia econômica dos bens tidos em propriedade. Sempre fora essa a visão desapaixonada do século:

- Ai, filha! você não entende deste riscado. Qual barbaridade, nem qual carapuça! Neste mundo não existe coisa alguma sem sua razão de ser. Estas filantropias, estas jeremiadas modernas de abolição, de não sei que diabo de igualdade, são patranhas, são cantigas. É chover no molhado - preto precisa de couro e ferro como precisa de angu e baeta. Havemos de ver no que há de parar a lavoura quando esta gente não tiver no eito, a tirar-lhe cócegas, uma boa guasca na ponta de um pau, manobrada por um feitor destorcido. Não é porque eu seja maligno que digo e faço estas coisas; eu até tenho fama de bom. É que sou lavrador, e sei o nome aos bois. Enfim, você pede, eu vou mandar tirar o ferro. Mas são favas contadas - ferro tirado, preto no mato. (A Carne, de Júlio Ribeiro Fonte:RIBEIRO, Júlio. A Carne. São Paulo: Martin Claret, 1999. (A Obra Prima de Cada Autor)

Mas vamos de novo à Isaura. Vê-se aqui o aparato inteiro do Direito atuando em favor da propriedade, como ocorrera no momento e que Leôncio prevalecia; mas o pecado da ação por mera emulação, ou emoção, será punido pela inversão de pólo. Álvaro, antes exequido, passa a exequente. Essa inversão não se lê, porém, como uma inexorabilidade econômica, mas como justiça divina:

50 Como notam Luiz Alberto Couceiro e Carlos Eduardo Moreira de Araújo, Dimensões cativas e construção da emancipação: relações morais nas lógicas de sociabilidade de escravos e livres. Sudeste, 1860-1888 -, Estudos Afro-Asiáticos, Ano 25, nº 2, 2003, a questão econômica seguidamente antepunha o senhor do escravo à Justiça: para evitar a perda de mão de obra escrava, os donos defendiam e apelavam acirradamente de decisões criminais que levassem à prisão dos escravos.

- Sim, senhor, - continuou Miguel, - e se ela não se sujeitasse a esse casamento, teria de passar o resto da vida presa em um quarto escuro, incomunicável, com o pé enfiado em uma grossa corrente, como tem vivido desde que veio do Recife até o dia de hoje...

- Verdugo! - bradou Álvaro, não podendo mais sopear sua indignação. - A mão da justiça divina pesa enfim sobre ti para punir tuas monstruosas atrocidades!

A inversão é completa, e leva Leôncio ao suicídio da última linha do romance:

(...) - Isaura! - continuou Álvaro com voz sempre firme e grave: - se esse algoz ainda há pouco tinha em suas mãos a tua liberdade e a tua vida, e não tas cedia senão com a condição de despoares um ente disforme e desprezível, agora tens nas tuas a sua propriedade; sim, que as tenho nas minhas, e as passo para as tuas. Isaura, tu és hoje a senhora, e ele o escravo; se não quiser mendigar o pão, há de recorrer à nossa generosidade.

A narrativa tem por pano de fundo uma das mais repetidas alegações anti-escravagistas: a da sua anti-economicidade⁵¹. Mas o que surge ao prosclênio a superação do impasse entre os princípios fundamentais em jogo pela simples aplicação

51 ROCHA, Antonio Penalves, op. Cit: "No artigo de José da Silva Lisboa, "Da Liberdade do Trabalho", apenas dois autores da Ilustração são citados: Adam Smith e Montesquieu. O alicerce do artigo foi dado pela Riqueza das Nações, mais precisamente por um princípio formulado por Adam Smith, segundo o qual há um "esforço natural de cada homem para melhorar a sua própria condição", sendo que os interesses pessoais coincidem com os coletivos. Para Silva Lisboa, era impossível a realização deste princípio numa sociedade que emprega o trabalho escravo, pois o escravo é reduzido à condição de máquina, "não esperando melhoria [...], nem podendo adquirir propriedade"; resulta daí que falta ao escravo motivação para se empenhar nas atividades produtivas, o que torna a escravidão nociva à "opulência e civilização". Não bastasse isso, Silva Lisboa reproduziu também a maioria dos argumentos de Adam Smith contra a escravidão: a administração do escravo é mais cara do que a do homem livre, pois com a escravidão não há frugalidade, tampouco parcimônia; os escravos raramente inventam máquinas, pois podem ser acusados de preguiçosos pelos seus senhores, etc."

da razoabilidade econômica. Não será o predomínio dos elementos pré-jurídicos da moral ou a afirmação da igualdade e liberdade, mas a inexorabilidade da mudança de um modo de produção que liberta (A Escrava Isaura).

O tema da liberdade, no entanto, recupera seu *topos* no discurso político:

Não esqueça dizer que, em 1888, uma questão grave e gravíssima os fez concordar também, ainda que por diversa razão. A data explica o fato: foi a emancipação dos escravos. Estavam então longe um do outro, mas a opinião uniu-os.

A diferença única entre eles dizia respeito à significação da reforma, que para Pedro era um ato de justiça, e para Paulo era o início da revolução. Ele mesmo o disse, concluindo um discurso em S. Paulo, no dia 20 de maio: "A abolição é a aurora da liberdade; esperemos o sol; emancipado o preto, resta emancipar o branco." (...) (Esaú e Jacó, Machado de Assis)

A outra condição servil

Ainda em gestação na ideologia do Séc. XIX, o tema do papel jurídico da mulher emerge na literatura timidamente, mas com testemunhos de crítica e de ironia marcantes. O mais interessante texto é, outra vez, de Aluísio de Azevedo, que põe a sua crítica, uma vez mais através do mecanismo da ironia, numa perspectiva de uma mulher de outra geração. A justiça como igualdade, na construção do séc. XIX, vacila perante a mulher como perante o negro:

Dir-me-ão talvez que, tanto um como outro, não preenchem o ideal da mulher, e que o melhor partido é o de um homem que a ame de igual para igual.

Não. Essa igualdade é bonita, mas é impossível e, se fosse possível, seria inconveniente. A mulher, já pela sua especial constituição física e intelectual, já pelo seu natural estado de passividade, não pode em caso algum ser a igual do homem com que vive.

O raro caso da absoluta superioridade da mulher é uma anomalia que traz fatalmente o desequilíbrio no casal.

É justamente dessa desigualdade perfeita, desse contraste de aptidões físicas e morais, que nasce a sublime harmonia do amor. É com a variedade de competências e de necessidades de cada um, que os dois se completam.

Pois se até na idade e na estatura física é conveniente, para o bom equilíbrio de um casal, que haja certa inferioridade da parte da mulher! No que precisa haver identidade é no ponto de educação social e no grau de colocação na escala etnológica. E, ainda neste particular, caso não seja possível obter a igualdade, dada a circunstância de que uma das partes do casal tenha de ser, na raça ou na condição, inferior à outra, é preferível, para todas as conveniências e efeitos, que a parte inferior na raça ou na condição seja a mulher e não o homem. É mais natural e aceitável ver um branco casado com uma mulata ou um mulato com uma preta, do que ver uma branca ligada a um preto ou a um mulato; pela simples razão de que, na apuração e aperfeiçoamento da casta, a mulher só entra em concorrência como passivo auxiliar.

A mulher, regularmente constituída, não quer para sócio na procriação, nem só um indivíduo que lhe seja etnogenicamente inferior, como não quer um homem organicamente tão ou mais fraco do que ela, nem quer também um que lhe seja igual na falta de energia e de ação, mas sim quer um ente superior, que lhe sirva de firme garantia à sua fraqueza e a seu pudor; quer um homem que lhe possa dar conselhos e amparo, e, se tanto for preciso, até o próprio castigo. (Livro de uma Sogra, de Aluísio de Azevedo :Azevedo, Aluísio de. Livro de uma Sogra. Rio de Janeiro : Ediouro. (Coleção Prestígio)

(...) — Não! não é de mim que me tenho de queixar; é do senhor, que nunca devia ter sido meu marido; é de meus pais, que consentiram neste casamento imoral e disparatado; é da sociedade, que não sabe fazer justiça a ninguém; e é, finalmente, das leis que não nos facultam o direito de desfazer-nos licitamente de um marido, quando este nos sai

errado e se torna incompatível conosco! (Girândola De Amores, Aluísio Azevedo)

A questão social

O ocupada com a desigualdade maior, a do escravo face ao homem livre, a literatura não se estende no que seria a questão social do início do século seguinte. Quem tem direitos é o cidadão contribuinte e católico:

[8 junho] POR LIBELO acusatório, dizem cinquenta cidadãos anônimos contra a policia, e especialmente o Sr. Ciro de Azevedo, delegado, e, sendo necessário. P.P. que os autores estavam pacificamente reunidos na casa n.º 130 da Praça Onze de Junho, assistindo a uma briga de galos, quando o réu apareceu acompanhado de alguns esbirros, e dissolveu a reunião, com o pretexto de que era um espetáculo bárbaro, lançando assim um labéu a cinquenta cidadãos contribuintes e católicos; pelo que P.P. que o dito réu praticou um duplo atentado, perturbando o uso do direito de reunião e deslustrando a fama dos que o exerciam; e mais, P.P. que, sendo o pensamento secreto dos autores profundamente político patriótico, ainda mais grave se tornou o ato da autoridade, que daquele modo, além de ferir a lei e afrontar os autores, atrasou a marcha do Estado; tríplice violência que a justiça não deve nem pode deixar impune, sob pena de abalar todos os alicerces da nossa vida nacional, porquanto. (Balas de Estalo, Machado de Assis).

O discurso social – além do abolicionismo - ecoa na cultura brasileira basicamente pelo impacto da literatura portuguesa, corrente na classe letrada das grandes cidades:

E era com effeito o festim, já cantado na Flôr de Martyrio, festim romantico, n'um vago jardim onde vinhos de Chypre circulam, caudas de brocado rojam entre macissos de magnolias, e das aguas do lago sobem cantos ao gemer dos violoncellos... Mas bem depressa transpareceu a severa idéa social da Poesia. Emquanto, sob as arvores radiantes de luar, tudo são «risos, brindes, lascivos murmurios» - fôra, junto

às grades douradas do parque, assustada com o latir dos molossos, uma mulher macilenta, em farrapos, chora, aconchegando ao seio magro o filho que pede pão... E o poeta, sacudindo os cabellos para traz, perguntava porque havia ainda esfomeados n'este orgulhoso seculo XIX? De que servira então, desde Spartacus, o esforço desesperado dos homens para a Justiça e para a Igualdade? De que servira então a cruz do grande Martyr, erguida além na collina, onde, por entre os abetos:

Os raios do sol se somem,
O vento triste se cala...
E as aguias revolteando
D'entre as nuvens estão olhando
Morrer o filho do Homem! (...)

Sim, a Republica! Não a do Terror e a do odio, mas a da mansidão e do Amor. Aquella em que o Millionario sorrindo abre os braços ao Operario! Aquella que é Aurora, Consolação, Refugio, Estrella mystica e Pomba...

Pomba da Fraternidade,
Que estendendo as brancas azas
Por sobre os humanos lodos,
Envolve os seus filhos todos
Na mesma santa Igualdade!...

(Os Maias, de Eça de Queirós, Fonte: QUEIRÓS, Eça de. Os Maias. 1.ed. Porto : Livraria Internacional de Ernesto Chardron, 1888. 2v.)

A justiça do ermo

O tema final é o da integração geográfica. Num Brasil em que a noticia da proclamação da República levou quarenta e cinco dias para chegar a Manaus, o aparato judicial é incerto, o recurso à retaliação e ao exercício privada das próprias razões é constante:

Apesar disso não se passava um só dia em que Gonçalo não fizesse provar a algum pobre cristão a força de seu braço rude e vigoroso. Cabeças e braços quebrados, narizes esmurrados, caras esbofeteadas, costas derreadas, eram façanhas que todos os dias aumentavam a fama e terror de seu nome.

Zombava da justiça, que naquele tempo e naquelas paragens parece que nenhuma força tinha.

Gonçalo muitas vezes dispersou e espancou as milícias encarregadas de prendê-lo por ocasião de alguma das suas falcatruas.

Ele as espalhava a pontapés, como quem arreda com a ponta do pé um tropeço que encontra em seu caminho. (O Ermitão do Muquém, Bernardo Guimarães)

— Dentro de uma hora, continuou o cavalheiro apontando para o corpo de Loredano, este homem será justicado à frente da banda; para ele não há julgamento; eu o condeno como pai, como chefe, como um homem que mata o cão ingrato que o morde. É ignóbil demais para que o toque com as minhas armas; entrego-o ao barão e ao cutelo. (...)— Se algum de vós der o menor sinal de desobediência; se uma das minhas ordens não for cumprida pronta e fielmente; eu, D. Antônio de Mariz, vos juro por Deus e pela minha honra que desta casa não sairá um homem vivo. Sois trinta; mas a vossa vida, de todos vós, tenho-a na minha mão; basta-me um movimento para exterminar-vos, e livrar a terra de trinta assassinos. (José de Alencar, O Guarani).

Nesses casos, a instituição para-feudal dos coronéis e fazendeiros tinha, necessariamente, de suprir a presença do Estado:

Pela força da necessidade, pois, o fidalgo se havia constituído senhor de barão e cutelo, de alta e baixa justiça dentro de seus domínios; devemos porém declarar que rara vez se tornara precisa a aplicação dessa lei rigorosa; a severidade tinha apenas o efeito salutar de conservar a ordem, a disciplina e a harmonia. (...)

Toda a noite rondaram em torno da habitação, e nessa manhã vendo sair as duas moças, resolveram vingar-se com a aplicação dessa lei de talião que era o único princípio de direito e justiça que reconheciam. (...) (José de Alencar, O Guarani).

O ermo, na verdade, chegava a situações em que a civilização, de certa forma, já existia:

Até 1887 vivia-se em pleno feudalismo no interior da província de São Paulo.

A fazenda paulista em nada desmerecia do solar com jurisdição da Idade Média. O fazendeiro tinha nela cárcere privado, gozava de alçada efetiva, era realmente senhor de barão e cutelo. Para reger os súditos, guiava-se por um código único - a sua vontade soberana. De fato estava fora do alcance da Justiça: a lei escrita não o atingia.

Contava em tudo e por tudo com a aquiescência nunca desmentida da autoridade, e, quando, exemplo raro, comparecia à barra de um tribunal por abuso enorme e escandalosíssimo de poder, esperava-o infalivelmente a absolvição.

O seu predomínio era tal que às vezes mandava assassinar pessoas livres na cidade, desrespeitava os depositários de poderes constitucionais, esbofeteava-os em pleno exercício de funções, e ainda... era absolvido.

Para manter o fazendeiro na posse de privilégios consuetudinários, estabeleciam-se praxes forenses, imorais e antijurídicas. Em Campinas, por exemplo, todo o crime cometido por escravos, fossem quais fossem as circunstâncias, era sistematicamente desclassificado; a condenação, quando se fazia, fazia-se no grau mínimo; a pena era comutada em açoites, e o réu entregue ao senhor, que exercia então sobre ele sua vindita particular.
(RIBEIRO, Júlio. *A Carne*. São Paulo: Martin Claret, 1999. (A Obra Prima de Cada Autor)

Conclusão

“Oh, as leis são belíssimas”, Machado de Assis. Dom Casmurro, Liv. Garnier, p. 79

Distante de nós em anos, e tão próximo em sensibilidade, o século XIX, através de uma produção literária vigorosa e apurada, vê a Justiça como valor e como instituição com ceticismo e desesperança. O reconhecimento dos ganhos políticos – a independência, os valores que então se denominavam liberais, a luta pela abolição – não trouxe consigo uma visão mais doce ou mais amena.

A militância na justiça é uma fonte de receita, e, eventualmente, um caminho para o poder político. Os produtos da Justiça – o julgamento, a distribuição de honras ou favores pelo Estado – não são ancorados em valores de equanimidade e sobrançeria. Mais do que tudo, o Estado não surge, no acervo sob estudo neste trabalho, como um provedor primário de Justiça.

Inexiste, assim, no corpo da ficção brasileira do século XIX, o herói jurídico. Os juízes são personagens menores, os advogados interesseiros e mesquinhos, o mecanismo judicial menor e periférico. Nenhum personagem desse corpo de

cultura satisfaria os requisitos do herói jurídico hollywoodiano

52

Mas talvez a literatura do período seja infensa ao heroísmo pessoal. Infelizes os povos que precisam de herói, dir-se-ia com Brecht. Curiosamente, em sua quase unanimidade crítica, essa literatura perfaz uma missão heróica: a de definir, com articulação e riqueza, o que é a demanda por Justiça, e qual o papel da Justiça em nossa sociedade.

Certamente a leitura dos textos incluídos nesse trabalho ensina e talvez surpreenda. A este autor, ensinou modéstia quanto aos propósitos de seu ofício, apurou o ceticismo que é pressuposto de sua eficácia, e confirmou sua convicção de que, como Jhering notou, a literatura ilumina o Direito “...melhor do que qualquer filósofo do direito poderia tê-lo feito”.

52 A saga dessa raça é muito bem retratada numa obra de que Michael Krieger, meu correspondente em Hollywood, fez a mais enfática de todas as recomendações: um presente em mãos: Denvir, J. (Ed.) (1996). *Legal Reelism: Movies as Legal Texts*. Champaign, Illinois: University of Illinois Press.

Interpretando A Lei Justa: Ensaio sobre Justiça, Direito e Literatura

Primeiro Ato: Um Esboço Das Idéias

“Para o pensamento clássico a lei não é a fonte principal do Direito” (MONCADA, 2002:7) ⁵³, sendo a legalidade, enquanto parâmetro do Direito de raiz romano-germânica, um produto da Modernidade, mas a teorização acerca da Justiça, quer como virtude do homem justo, quer como valor ou princípio imanente ao Direito (TEIXEIRA, 1990:225) ⁵⁴, tem, na Antigüidade – e, mais precisamente, no pensamento grego, inclusive através da poesia e da tragédia – senão o fio condutor, o ponto de referência para muitas das contemporâneas discussões acerca de Política, Filosofia, Moral, Direito e Justiça. De fato, segundo FERRAZ JUNIOR (2003:144) ⁵⁵, na Grécia Antiga, “o direito, seria, por assim dizer, uma propriedade da cultura ática [grega], e não fruto de uma sistematização jurídica. Suas fontes são singulares – a poesia, o teatro, a oratória etc. (...)”

53 MONCADA, Luís S. Cabral de. Ensaio sobre a lei. Coimbra: Coimbra, 2002.

54 TEIXEIRA, Antônio Braz. Sentido e valor do direito: introdução à filosofia jurídica. Lisboa: Casa da Moeda, 1990.

55 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2003.

A proposta deste ensaio é estabelecer um *link* entre a concepção de lei, direito e justiça ao longo do tempo através da visão de filósofos, cientistas políticos e juristas, descortinando o significado de *lei justa* para suas respectivas doutrinas e teorias, com o auxílio, sempre que possível, da literatura, já que “por trás das ortodoxias sisudas e dos formalismos caricatos, Direito também é arte.” (BARROSO, 2002:606).⁵⁶

O eventual recurso à literatura como meio de compreensão do significado teórico de lei, direito e justiça seguirá a proposta do movimento norte-americano *law and literature*, não na sua versão *literature in law*, que, com origem nos trabalhos do *Justice* Benjamim Cardozo, defende a possibilidade de os textos jurídicos serem interpretados como se literários fossem, mas na sua modalidade *law in literature*, voltada para trabalhos de ficção que abordem temas jurídicos. (JUNQUEIRA, 1998: 22-23)⁵⁷

Um último aspecto deve ser colocado em pauta: a exposição das teorias de justiça, os conceitos de direito e, dentro da metodologia proposta, o resultado interpretativo quanto ao que possa, como síntese, ser considerado *lei justa* obedecerão, com rigor, ao pensamento de seus formuladores, mas a utilização do recurso retórico da literatura será mera “licença poética”, como “contribuição da literatura à argumentação jurídica e ao equacionamento da questão do bem-comum” (AZEVEDO, 1996:79)⁵⁸.

56 BARROSO, Luís Roberto. Direito e paixão. in Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

57 JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Literatura & Direito: uma outra leitura do mundo das leis. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998.

58 AZEVEDO, Plauto Fáraco de. Aplicação do direito e contexto social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

A Lei Justa Para Os Pré-Socráticos: A Divina

“Nos poemas homéricos e em Hesíodo, a Justiça surge-nos como lei ou norma divina, como criação dos deuses e instrumentos da vontade de Zeus na terra, como ordem divina do universo e fundamento da sociedade humana” (TEIXEIRA, 1990:226). Inclusive Thêmis, uma das mulheres legítimas de Zeus, é considerada a “deusa das leis eternas e da justiça”. (ÉSQUILO, 2003:195)⁵⁹

Em 441 ou 440 a.C., Sófocles vence um concurso trágico com sua famosa obra *Antígona*. Na tragédia, Creonte determina, por edito, que, em relação aos dois filhos de Édipo que se mataram pelo poder de Tebas, Etéocles seja sepultado com honrarias, enquanto seu irmão, Polinices, “*fique insepulto o seu cadáver e o devorem cães e aves carniceiras em noventa cena.*” (SÓFOCLES, 2001:v. 235-236)⁶⁰

Antígona, irrisignada com a pena infamante infligida a seu irmão, desobedece o decreto de Creonte e, de forma digna, presta-lhe as últimas homenagens, sepultando-o, em passagem via de regra lembrada como o exemplo da defesa da lei natural de origem divina – inalienável, imutável, universal e eterna – em face da lei dos homens⁶¹, como a seguir se o comprova:

59 ÉSQUILO. Oréstia: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

60 SÓFOCLES. A trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono e Antígona. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

61 Antígona já recebeu, no meio filosófico, literário e até psicanalítico (v.g., LACAN, 1991), leituras as mais diversas possíveis: de Goethe a Derrida. Neste ensaio, ficamos com a interpretação-clichê, bem ao sabor ocidental, da polarização Antígona, a mártir *versus* Creonte, o tirano (Heidelberg, 1967), com suas principais ilações: lei divina *versus* lei humana e liberdade *versus* autoridade. Embora uma tal leitura despreze a magnitude e a complexidade das personagens principais e da

CREONTE

E te atreveste a desobedecer às leis ?

ANTÍGONA

Mas Zeus não foi o arauto delas para mim,
nem essas leis são as ditadas entre os homens
pela Justiça, companheira de morada
dos deuses infernais; e não me pareceu
que tuas determinações tivessem força
para impor aos mortais até a obrigação
de transgredir normas divinas, não escritas,
inalienáveis; não é de hoje, não é de ontem,
é desde os tempos mais remotos que elas vigem,
sem que ninguém possa dizer quando surgiram.
E não seria por temer homem algum,
nem o mais arrogante, que me arriscaria
a ser punida pelos deuses por violá-las.

(SÓFOCLES, 2001:v. 510-523)

Antes mesmo de Antígona, Ésquilo, na terceira tragédia da trilogia Oréstia (ÉSQUILO, 2003:172), também permite que Atena, outra Deusa da Justiça, chamada a presidir o julgamento de Orestes pelo matricídio que cometeu para vingar a morte de seu pai, Agamêmnon, se auto-proclame a autora das leis, neste caso, processuais, que irão presidi-lo, ao anunciar, nos versos 744 a 749:

ATENA

trama, cheia de sutis ironias, urdida por Sófocles, ela é a que melhor atende aos propósitos a que ora se destina.

(...) Enquanto o tribunal
estiver reunido, faça-se silêncio,
pois a cidade terá de escutar as leis
que aqui e agora crio para persistirem
até o fim dos séculos; graças a elas
estes juízes poderão fazer justiça. ⁶²

Pela leitura das poesias (como a *Ilíada* e a *Odisséia*, atribuídas a HOMERO) e das tragédias gregas constata-se que, para os pré-socráticos, lei justa é a lei divina, expressão da vontade dos deuses, a qual estaria acima da lei dos homens.⁶³

62 Note-se que, mesmo atribuindo aos juízes humanos o julgamento, Atena, em razão do empate, é que acaba, com seu voto, por selar o veredicto pela inocência de Orestes. Nos versos 974-975, proclama a Deusa: “Serei a última a pronunciar o voto/e o somarei aos favoráveis a Orestes” Nos versos 994-995 sentencia: “Ele foi absolvido de um crime de morte !/Os votos dividiram-se em somas iguais”. Exatamente no verso 975 está, pois, a origem da expressão “voto de Minerva” (a deusa da mitologia romana equivalente a Atena).

63 Bobbio não compartilha desta posição. Segundo o filósofo, na época clássica o direito natural era concebido como direito comum e o positivo, como especial; “assim, baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral, o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que entre ambos houvesse conflito”, dando como exemplo, justamente, o caso de Antígona (!), em que “o decreto de Creonte prevalece sobre o direito natural – o “direito não escrito” próprio pelos próprios deuses.” (BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25) Segundo Reale, todavia, “(...) é entre os pensadores gregos que a aceitação de um Direito Natural, como expressão de exigências éticas, superiores às do Direito Positivo, passa a ser objeto de estudos especiais [que viriam com os grandes filósofos], até se converter em verdadeira ‘teoria’.” (REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 306).

Esta visão, de superioridade do direito natural ao humano, é o símbolo de apenas um dos inúmeros matizes que o jusnaturalismo irá apresentar ao longo dos séculos.⁶⁴

Na perspectiva do pensamento grego, se a lei humana violasse a lei divina, seria justo desobedecê-la.

A Lei Justa Para Sócrates: A Democrática

O magnânimo SÓCRATES, todavia, em seu drama pessoal, preferiu cumprir a lei injusta – e ser condenado à morte – a violar o mandamento que ensinara, durante toda a sua vida, a, num regime democrático, obedecer.

Na democracia ateniense, os cidadãos integrantes da *Ekklesia* (Assembléia Popular), podiam e deviam participar da elaboração das leis que regiam a vida e o destino das cidades, assumindo o compromisso – através do juramento heliástico – “de fazer acatar aquelas leis e de decidir, de acordo com elas, o que seria justo e o que seria injusto, o que seria bom ou mau para a Cidade-Estado e seu povo” (SÓCRATES, 1999:5).⁶⁵

No ano de 399 a.C., o tribunal dos heliastas, tendo julgado Sócrates por entre outros crimes, o de corromper a juventude, veio a considerá-lo culpado. (SÓCRATES, 1999:5)

Convidado a fixar sua própria pena, a comutá-la em sanção pecuniária – e, com isso, assumir uma culpa de que sua consciência não o acusava – preferiu SÓCRATES a coerência de, afirmando-se inocente, escolher a penalidade que jamais seria acatada pelo tribunal, a de ser alimentado no Pritaneu

64 No pensamento teológico medieval, o Direito Natural também voltará a ser considerado expressão da vontade divina, inspiração cristã esta da qual derivará uma “tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo.” (BOBBIO, 1995:26)

65 SÓCRATES. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

como herói da cidade (SÓCRATES, 1999) ⁶⁶, o que equivaleria, portanto, a optar pela condenação à morte.

Por isso, relata-se que

Ao sentir os primeiros efeitos da cicuta, Sócrates se deita. Aquele que sempre indagava pelo significado das palavras e dos valores que regiam a conduta humana e investigava o sentido dos costumes e das leis que governavam a cidade, que buscava a consciência nas ações e nas afirmativas, mas não pretendia se subtrair às normas estabelecidas e às exigências dos preceitos e das instituições sociais e políticas. Porque não traía sua consciência, preferira a morte a declarar-se culpado. Mas porque respeitara a lei não quisera fugir da prisão. Suas últimas palavras teriam sido ainda um testemunho dessa dupla fidelidade: a si mesmo e aos compromissos assumidos. (SÓCRATES, 1999:12-13)

Para SÓCRATES, lei justa era a votada democraticamente pelos cidadãos atenienses, ainda que injusto o julgamento dela decorrente. A lei valeria, então, não exatamente *per se*, mas por sua origem democrática. Justo, então, era quem agisse segundo a lei votada democraticamente pelos homens.

Por isso, segundo COMTE-SPONVILLE (1995:73) ⁶⁷, SÓCRATES preferiu morrer respeitando as leis a viver transgredindo-as, tendo, com isso, todavia, “confundido justiça com legalidade” ...

66 PLATÃO. A Apologia de Sócrates. (apud Sócrates, 1999, 37-73): Na obra, Platão descreve o momento em que Sócrates, perante seus juizes, descreve a pena que julga merecer.

67 COMTE-SPONVILLE, André. Pequeno tratado das grandes virtudes. trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

A Lei Justa Para Platão: Um Feixe De Luz Sobre A Justiça

“O pensamento platônico representa a primeira grande síntese especulativa sobre a teoria da Justiça, que é, precisamente, a interrogação central a *que A República* procura dar resposta.” (TEIXEIRA, 1990:227)

No livro *A República* (PLATÃO, 2004)⁶⁸, PLATÃO procura responder o que seja justiça através de seus diálogos imaginários entre Sócrates, de que fora discípulo, e os sofistas. No Livro VII desta mesma obra, PLATÃO traz-nos a famosa “Alegoria da Caverna”:

Suponhamos uns homens numa habitação subterrânea em forma de caverna, com uma entrada aberta para a luz, que se estende a todo o comprimento desta gruta. Estão lá dentro desde a infância, algemados de pernas e pescoços, de tal maneira que só lhes é dado permanecer no mesmo lugar e olhar em frente; são incapazes de voltar a cabeça por causa dos grilhões; serve-lhes de iluminação um fogo que se queima ao longe, numa elevação, por detrás deles; (...)

Estranho quadro e estranhos prisioneiros são estes de que tu falas – observou ele

Semelhantes a nós – continuei.

Em primeiro lugar pensas que, nestas condições, eles tenham visto, de si mesmos e dos outros, algo mais que as sombras projetadas pelo fogo na parede oposta da caverna ?

Como não – respondeu ele - , se são forçados a manter sempre a cabeça imóvel ? (...)

68 PLATÃO. *A República*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

Considera, pois, o que aconteceria se eles fossem soltos das cadeias e curados de sua ignorância. (...) (PLATÃO, 2004:210-211)

Sócrates, então, explica que, a princípio, os egressos da caverna teriam dificuldades de enxergar a luz, acostumados que estavam às sombras, apenas logrando mirá-la por mero reflexo. E descreve o caminho lento da ascendência até a luz. Até que, finalmente, anuncia:

Finalmente, julgo eu, seria [o homem] capaz de olhar para o Sol e de o contemplar, não já a sua imagem na água ou em qualquer outra parte, mas a ele mesmo, no seu lugar. (PLATÃO, 2004:211)

O *mito da caverna*, aliado ao esquema platônico da *linha dividida*, separa o mundo sensível, das sombras, do mundo inteligível, da luz: “o processo de conhecimento representa a progressiva passagem das sombras e imagens turvas ao luminoso universo das idéias.” (PLATÃO, 1999:24) ⁶⁹

Como na leitura de MONCADA acerca do livro *As Leis* (PLATON, 1946:12) ⁷⁰, “a verdadeira lei não é a do homem mas a da idéia, com existência independente e a priori” (2002:8), pode-se conceber que, numa interpretação fundamentada no conjunto da obra platônica, lei justa, para PLATÃO, seria aquela que, virtuosa, irradia luz através da idéia e da verdade.

A Lei Justa Para Aristóteles: A Equitativa

Em ARISTÓTELES, a Justiça é tratada primordialmente do ponto de vista subjetivo, como a virtude do homem justo, campo da Ética, tanto que dedica a obra em que está a célebre

69 PLATÃO. Diálogos. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

70 PLATON. Oeuvres complètes, tomo VI, Les lois, livres I-VI, Paris, 1946.

definição da justiça distributiva⁷¹, a seu filho, como se verifica do título: *Ética a Nicômacos*. (ARISTÓTELES, 2001)⁷²

Na filosofia aristotélica, dá-se a “prevalência do Direito sobre a Justiça, já que esta se define como conformidade com a lei ou com o Direito.” (TEIXEIRA, 1990:230): é o *justo legal* aristotélico. Todavia, “a eqüidade, entendida como uma variedade da Justiça e como disposição de ânimo ou virtude que dela não difere, aparece como forma corretiva da lei, sempre que esta, na sua necessária generalidade, se revela insuficiente ou injusta no caso concreto” (ARISTÓTELES, 1973:337)

Na concepção aristotélica, todavia, por vezes, a lei, para ser justa, deve sofrer o corretivo de um julgamento *secundum boni et aequi* (FERRAZ JUNIOR, 2003:199), mediante o uso da *régua de Lesbos* que, por ser de chumbo, se ajusta às mais diversas superfícies:

Segundo o estagirita,

(...) a justiça e a eqüidade são portanto a mesma coisa, embora a eqüidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de a eqüidade ser justo, mas não o justo conforme a lei, e sim um corretivo da justiça legal.

71 Na classificação aristotélica, a Justiça se divide em geral, como disposição de ânimo, e particular, como virtude daquele que age conforme a lei e a equidade, sendo subdividida em justiça distributiva, que se refere às relações entre a comunidade e os particulares e que consiste na partilha de bens entre seus membros e justiça corretiva, que se circunscreve às relações entre particulares. Sendo a primeira um termo médio entre dois extremos, sua forma é de proporção geométrica, enquanto a segunda, de proporção aritmética. Neste sentido, “a igualdade, em Aristóteles, entendida como proporcionalidade matemática, é a forma geral da Justiça.” (Teixeira, 1990:230).

72 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

(...) o eqüitatito é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido a sua generalidade. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica. (ARISTÓTELES, 2001:109-110)

Tanto na visão platônica quanto na aristotélica, a idéia de razão, embora possa implicar transcendência, tem lugar de destaque na concepção do “justo legal”.

Enquanto no pensamento pré-socrático, a lei humana, pelo que se extrai da poesia e tragédia gregas, pode ser encarada como fruto de mera imitação (acrítica) da(s) lei(s) divina(s) de seus mais variados deuses, a partir de PLATÃO e de ARISTÓTELES o componente da *razão*, que virá, mais tarde, na História, a polarizar com o de *vontade*, será inseparável da concepção de lei – salvo quando ela for utilizada para o acesso àquela *lex divina* não por um método racional, mas pela emoção da fé.

A Lei Justa No Direito Romano: A Concepção Exemplar De Cícero

Baseado na monografia de SEBASTIÃO CRUZ (1971)⁷³, FERRAZ JUNIOR compara as diferentes acepções do conceito de justo – e, *ipso facto*, de Direito – para os gregos e os romanos em função da imagem universal representativa da Justiça: a balança:

73 CRUZ, Sebastião. Jus directum (directum). Coimbra: Coimbra, 1971.

(...) os gregos colocavam esta balança, com os dois pratos, mas sem o fiel no meio, na mão esquerda da deusa Diké, filha de Zeus e Thêmis, em cuja mão direita estava uma espada e que, estando em pé e tendo os olhos bem abertos, dizia (declarava solenemente) existir o justo quando os pratos estavam em equilíbrio (*íson*, donde a palavra isonomia). Daí, para a língua vulgar dos gregos, o justo (o direito) significar o que era visto como igual (igualdade).

Já o símbolo romano, dentre as várias representações, correspondia, em geral, à deusa *Justitia*, a qual distribuía a Justiça por meio da balança (com os dois pratos e o fiel bem no meio) que ela segurava com as duas mãos. Ela ficava de pé e tinha os olhos vendados e dizia (declarava) o direito (*jus*) quando o fiel estava completamente vertical – direito (*rectum*) = perfeitamente reto, reto de cima a baixo (*de + rectum*). (FERRAZ JUNIOR, 1994:32)⁷⁴

A forma distinta de representar a justiça refletia também a propensão dos gregos à formulação de teorias abstratas de justiça, optando os romanos, em razão do pragmatismo que uma vida de incessantes lutas impõe, pelos problemas jurídicos práticos:

“(...) a deusa grega tinha os olhos abertos. Ora, os dois sentidos mais intelectuais para os antigos eram a visão e a audição. Aquela para indicar ou simbolizar a especulação, o saber puro, a sapientia; esta para mostrar o valorativo, as coisas públicas, o saber agir, a prudência. O apelo à ordem etc. Portanto, a deusa

74 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 1994.

grega, estando de olhos abertos, aponta para uma concepção mais abstrata, especulativa e generalizadora que precedia, em importância, o saber prático. Já os romanos, com a *Justitia* de olhos vendados, mostram que sua concepção de direito era mais de um saber-agir, de uma *prudentia*, de um equilíbrio entre a abstração e o concreto. (...) coincidentemente os juristas romanos não elaboraram teorias abstratas sobre o justo em geral (como os gregos), mas construções operacionais, dando extrema importância à oralidade, à palavra falada, donde a proveniência de *lex* do verbo *legere* (ler em voz alta).” (SAMPAIO FERRAZ, 1994:33)

Chegamos, assim, à lei romana e a concepção do que, para os romanos, significaria *justus* “é o que é conforme ao *jus*, i.e., a Justiça é conformidade à lei ou ao Direito”. (TEIXEIRA, 1990:230).

É esta a visão de CÍCERO, que aqui se tomará aleatoriamente como “exemplar” da tradição jurídica romana, o qual “no entanto, concebe a *lei* como lei natural, ou seja, como *recta razão* (...) ordenadora do mundo e da natureza humana, tendo como um princípio essencial o dar a cada um o que é seu” (TEIXEIRA, 1990:230).

Neste sentido, para CÍCERO, lei justa é aquela que é “conforme a natureza” (MONCADA, 2002:8)

A Lei Justa No Pensamento Escolástico: A Concepção Exemplar De São Tomás De Aquino

“Num estéril jardim, Adão-Eva-serpente, horda, vegetava inútil até que o Senhor, pela armadilha da

proibição, criou a desobediência: nascia o Direito.”
(*João Uchôa Cavalcanti Neto*)⁷⁵

SANTO AGOSTINHO retoma a idéia da lei divina eterna em contraposição “à lei humana temporal, imperfeita devido ao pecado original. (...) A imperfeição da lei humana só teria redenção pela imitação da divina (...) obtida esta pela fé” (MONCADA, 2002:9).

Em SÃO TOMÁS DE AQUINO, ao contrário de SANTO AGOSTINHO, “a lei divina não é conhecida pelo legislador através da revelação, mas pelo uso da razão” (MONCADA, 2002:14). A lei natural destina-se a trazer à evidência a lei divina, não sendo, neste sentido laica – como será o exercício autônomo da razão para os modernos –, “mas não impede a diversificação da lei humana” (MONCADA, 2002:14), que, a seu modo, acaba por contribuir na revelação – e participar da existência – da lei divina. (MONCADA, 2002:15)

Na concepção tomista, então, a procura do justo faz-se através de raciocínios e não da só invocação das fontes divinas. E, como a lei humana é imperfeita, ao contrário da natural e da divina, a interpretação consistirá na procura do justo para o caso concreto. A interpretação poderá, inclusive, ir contra o texto da lei, ‘... para alcançar o bem comum ...’ (MONCADA, 2002:15)

A lei justa será um *mix* da divina com a positiva, pelo motor da lei natural.

A justificação da lei, mesmo que já perscrutável pela razão, ainda é de ordem axiológica transcendente: a razão é uma

75 CAVALCANTI NETTO, João Uchôa. O Direito, um Mito. Rio de Janeiro: Rio Estácio de Sá, 2002, p. 37.

forma de acessar a vontade divina e não de constituir, de maneira autônoma, o direito.

A Lei Justa No Pensamento Liberal

No pensamento liberal, marcado pela secularização do exercício do poder, pela edificação teórica do Estado (e de seus limites) e pela monopolização estatal da produção do Direito – em paralelo à *laicização do Direito Natural* (GRÓCIO)⁷⁶ e, conseqüentemente, *da norma jurídica* –, a lei positiva, “de comando imperfeito se torna o que a humanidade tem de melhor: a razão” (MONCADA, 2002:31), não mais, porém, a *ratio juris* de natureza declarativa de um direito transcendente, mas de base constitutiva do direito posto, *ex novo*, pelo Estado Liberal.

Com as Revoluções Liberais e o movimento do constitucionalismo e das grandes codificações, o direito natural, no modelo europeu-continental, acaba sendo absorvido completamente pelo direito positivo, com fundamento no racionalismo jusnaturalista que dará origem aos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, deverão ser fruto de leis de i) conteúdo abstrato e de ii) destinatários genéricos. (PECES-BARBA, 1999:120)⁷⁷

Deixando “tras de sí esse derecho natural administrado por teólogos”, “de ahora em delante todo derecho tiene su frente em la voluntad soberana del legislador político.” (HABERMAS, 1984,136)⁷⁸

76 É famosa a frase atribuída a Hugo Grócio: “O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse ou que, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos.”

77 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Curso de derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.

78 HABERMAS, Jürgen. Escritos sobre moralidad y eticidad. Barcelona:1984, Paidós.

Nasce, então, a lei moderna: fruto da união da vontade, soberana, à razão, ainda ligada ao jusnaturalismo, mas já autônoma em relação ao direito divino.

Faltava, porém, uma ideologia capaz de legitimar a monopolização da produção do direito pelo Estado – que conduziria à “onipotência do legislador” (BOBBIO, 1995:38) e à “divinização da lei” (OTERO, 2003:152)⁷⁹ – e, por outro lado, oferecesse a garantia de que, com base no próprio direito positivo, o poder estatal não fosse ilimitado. Surgiram, então, as teorias contratualistas.⁸⁰

A Lei Justa em John Locke⁸¹

De acordo com a concepção contratualista lockeana de soberania, os homens só abdicariam de uma liberdade total, limitada apenas pelas leis da natureza, se houvesse uma garantia de que sua vida, sua liberdade e sua propriedade teriam uma garantia sólida: a lei. (SÉRVULO CORREIA, 1987:21)⁸²

79 OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do direito administrativo. In: TAVARES, André Ramos, FERREIRA, Olavo A. V. Alves e LENZA, Pedro. (Orgs.) Constituição Federal – 15 anos, mutação e evolução, comentários e perspectivas. São Paulo: Método, 2003.

80 Não abordaremos a rica tese hobbesiana, de que o estado civil vinha substituir o estado da natureza para evitar a luta de todos contra todos, porquanto ela tenha fundamentado o Estado Absoluto, ininteressando-nos apenas o Estado de Direito a ele já contraposto, na medida em que Locke, Rousseau e Montesquieu balizam o “substrato teórico do Estado Constitucional novecentista” (Sérvulo Correia, 1989:23). Anote-se, outrossim, que os contratualistas não estão preocupados em formular teorias de Justiça e sim de Estado, razão por que a leitura que se dará ao significado de “lei justa” para cada um deles será extremamente subjetiva, ainda que decorrente da estrita interpretação de suas doutrinas.

81 LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

82 SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987.

De outro turno, as limitações da esfera individual do cidadão só poderiam ser impostas pelo Estado mediante prévia aquiescência do homem livre: neste sentido, “o consentimento do cidadão é elemento integrante da lei.” (SÉRVULO CORREIA, 1987:21)

A “lei justa”, para LOCKE, é aquela através da qual o homem livre limita o poder.

Para evitar, todavia, que o endeusamento da lei conduza ao arbítrio do Legislador, o pensamento liberal engendra “alguns expedientes constitucionais, dos quais os principais são dois: a) a separação dos poderes (...); e b) a representatividade (...).” (BOBBIO, 1995:39)⁸³, através, respectivamente, dos gênios políticos de MONTESQUIEU E ROUSSEAU.

A Lei Justa em Montesquieu

Para garantir que *le pouvoir arrête le pouvoir*, MONTESQUIEU concebe, então, a teoria da “separação dos poderes”, de forma que o poder fique repartido entre seus diversos órgãos – Legislativo, Executivo e Judiciário, como forma de garantia do respeito à esfera individual do cidadão. (Sérvulo CORREIA, 1987:25).

DALLARI (1989:188) enfatiza que, na técnica da divisão de poderes, a última *ratio* é a liberdade individual: “a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial”.⁸⁴

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

84 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1989.

MONTESQUIEU revela onde está o espírito da lei: “na razão humana de cada povo e país” (MONCADA, 2002:42), quando assevera que:

La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. (1995:95)⁸⁵

A “lei justa”, para MONTESQUIEU, é aquela que, por obra da razão humana iluminada, “divide” o poder para assegurar liberdade ao homem.

A Lei Justa em Jean Jacques Rousseau⁸⁶

Para ROUSSEAU, o único titular de soberania é o povo, que a exerce através das leis de que, pelo mecanismo da representatividade, é autor. Enquanto soberano, o povo é detentor do único poder verdadeiro do Estado: o de criar regras gerais. (SÉRVULO CORREIA, 1989:23)

O homem moderno, nesta concepção, só obedece a si próprio e por isso, não apesar da lei mas justamente através da lei, continua livre.

Desta forma, a suposta contradição entre lei como razão, de um lado, e lei como vontade política do soberano, do outro, passa a ser superada pela síntese rousseauiana da lei como vontade geral. (NOVAIS, 1987:87)⁸⁷

85 MONTESQUIEU. De L'Esprit des lois. Vol. I. Paris: Éditions Gallimard, 1995.

86 ROUSSEAU, J.J. Do contrato social: princípios do direito político. Trad. e coment. de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

87 NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

A “lei justa”, para ROUSSEAU, é, portanto, a democrática: aquela que representa a vontade geral ⁸⁸, porque “sendo cada um legislador, ninguém seria injusto para si próprio.” (Novais, 1987:87)

De qualquer forma, a fenda entre Direito e Moral provocada pelo processo de secularização (PECES-BARBA, 1999:140) e a positivação estatal, de forma monista, de leis gerais e abstratas, fruto de uma ordenação normativa racional e (pretensamente) completa das normas jurídicas, acabará por reduzir o Direito à lei.

Na arguta observação de BOBBIO, “a partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasma, mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética,

o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.” (1995:26) ⁸⁹

89 A explicação histórica da conversão das leis naturais em positivas pode ser assim resumida: “a burguesia, que utilizou o iusnaturalismo racionalista como direito de insurreição, para abater a ordem jurídica feudal, vai abandonar, então, o iusnaturalismo tout court, para esposar a sua própria versão do sub lege libertas. (...) A burguesia cristalizando sua visão de mundo (...) perde o ímpeto revolucionário. Inverte-se sua posição no processo social, passando a querer preservar suas conquistas sedimentadas na lei positiva.” (AZEVEDO, Plauto Fáraco de. Justiça distributiva e aplicação do direito. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1983, p. 108 – grifos originais)

A Lei Justa Como Contradictio In Terminis No Positivismo Jurídico: O Modelo Exemplar Kelseniano ⁹⁰

O positivismo jurídico não só veio reduzir o Direito à lei como expurgar-lhe o fundamento axiológico que residia no valor *Justiça*, tornando a lei, assim, um “recipiente vazio”. (ANDRADE, 1987:69) ⁹¹

De acordo com a teoria pura do direito (positivo) formulada por HANS KELSEN, objeto passível de cognição através de pureza metodológica é a validade da norma e não seu valor. Neste sentido, “se uma norma houver sido promulgada segundo certo procedimento, será válida, e o jurista deverá aplicá-la.” (KELSEN, 1998:XVII) ⁹²

Na segunda edição de sua Teoria Pura do Direito, KELSEN incluiu um grande ensaio sobre o problema da justiça, porém, isolou-o do texto “porque o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do direito positivo como sendo a realidade jurídica.” (KELSEN, 1995) ⁹³

90 Entre as principais concepções positivistas aplicadas ao campo do direito – o normativismo Kelseniano, o positivismo analítico de H. Hart e a complexa teoria dos sistemas de Luhmann –, optar-se-á, para fins de abordagem do tema, como modelo, pela teoria pura do direito de Hans Kelsen.

91 ANDRADE, Manuel A. Domingues. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis. Coimbra: Coimbra, 1987. A expressão, embora tomada por empréstimo de um outro contexto – de crítica ao mito da perfeição da lei como revelação racional de uma verdade absoluta – aqui se encaixa perfeitamente.

92 KELSEN, Hans. O problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998, com introdução de Mário G. Losano.

93 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1995. A citação é do Prefácio à segunda edição, elaborado pelo próprio Kelsen no ano de 1960.

Segundo KELSEN, a justiça absoluta não é cognoscível pela razão humana (KELSEN, 1998:XXV), não podendo as normas jurídicas, numa metodologia pura, ser objeto de juízos de valor, apenas de análise normativa no que toca à respectiva validade.

Consequentemente, para o normativismo kelseniano, “uma norma jurídica nunca poderá ser justa ou injusta, do que resultaria, então, como proclamava o positivismo jurídico, que a validade das normas jurídicas é independente da validade de qualquer norma de Justiça”. (TEIXEIRA, 1990:244).

Para o positivismo jurídico, com seu acentuado formalismo, lei justa é uma *contradictio in terminis*, porque, sendo lei, já vale por si só, independentemente de seu conteúdo valorativo; será, assim, lei, ainda quando injusta, como no contrato formulado entre Shylock e o Mercador de Veneza ...

A Lei (In)Justa Em Shakespeare: Uma Libra Justa De Carne

No clássico shakespeariano *O Mercador de Veneza*, Antônio, cujo ofício dá nome à peça, celebra um contrato de empréstimo com Shylock, um judeu, a fim de ajudar Bassânio a, ostentando riqueza, conquistar o coração de Pórcia, estipulando-se como multa por eventual inadimplemento o direito de o credor tomar do devedor moroso uma libra justa de carne.

Eis que a comédia se desenrola de tal forma que, por infortúnio, Antônio vem a descumprir o pactuado, levando Shylock a cobrar sua dívida perante o Tribunal: arrancar uma libra da carne daquele que sempre o acusara de usurário, ainda que isso pudesse implicar sua morte.

Pórcia, que está disfarçada de juiz, assim conduz o julgamento.

PÓRCIA

Uma libra de carne desse peito

É sua, pela corte e pela lei.

SHYLOCK

O juiz é mais que sábio

PÓRCIA

Deve cortar a carne desse peito

Segundo a lei e a permissão da corte

SHYLOCK

Sábio juiz ! Deu a sentença: pronto !

(.....)

PÓRCIA

Prepare-se, portanto, para cortar;

Mas não derrame sangue; e corte apenas

Uma libra de carne, pois se cortar

Ou mais ou menos que uma libra justa –

Nem que seja para alterar o peso

Pela mínima parte de um vigésimo

De um quase nada – se a balança mexe

O espaço de um só fio de cabelo –

O senhor perde a vida e as propriedades

GRAZIANO

Ó judeu ! Veja ! Um novo Daniel !

Apanhou pelo pé esse infiel !

PÓRCIA

Por que espera, judeu ? Cobre sua multa !

SHYLOCK

Daí-me o valor do empréstimo que basta.

BASSÂNIO

Esta aqui à sua espera há muito tempo

PÓRCIA

Mas ele o recusou no tribunal

Só pode ter justiça e a multa certa

GRAZIANO

Um Daniel ! Um novo Daniel !

Aprendi com o judeu esta expressão

SHYLOCK

E não terei sequer o que emprestei ?

PÓRCIA

Não terá nada, que não seja a multa –

Com a exceção do risco de cobrá-la ...

SHYLOCK

Pois que o diabo lhe dê o gozo dela:

Eu abandono a causa

(SHAKESPEARE, 1999:122-123) ⁹⁴

Apenas para ilustrar literariamente o tema ⁹⁵, pode-se conceber que, numa visão estritamente positivista – e, por óbvio,

94 SHAKESPEARE, Willian. O Mercador de Veneza. Trad. de Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.

95 Numa crítica ao método acéptico do positivismo jurídico, não se justificaria escolher uma peça como o Mercador de Veneza, acusada de anti-semitismo, como se se pudesse abstrair a arte – e o artista – do contexto valorativo em que ela se insere. Ocorre que, segundo a tradutora da obra, que a introduz, “tão complexo resultou o personagem que, principalmente durante o período da Segunda Guerra Mundial, Shylock foi interpretado como impressionante defensor da dignidade da raça, vítima de constantes perseguições de um cristianismo cruel.” (HELIODORA, Barbara apud SHAKESPEARE, 1999:8)

abstraída dos preceitos constitucionais dos direitos humanos, todos a esta altura já positivados e que, sem artifício algum, resolveriam o caso –, a multa poderia ser cobrada, porquanto despojada a lei em que se baseara ficticiamente o texto do valor do que seja justo.

Através deste prisma fictício, pode-se vislumbrar que, pelo ardid de Pórcia, Shakespeare teria traído Kelsen ...⁹⁶

A Lei Justa Em Dorian Gray: Uma Imagem Injusta De Terror

A idéia de um ordenamento jurídico refratário a valores jurídicos e de “*lei como uma estrutura meramente formal*”, deliberadamente privada de conteúdo axiológico, torná-la-ia como uma “*embalagem para qualquer produto*”. (BARROSO, Luis Roberto. Interpretação da Constituição. Post Scriptum. São Paulo: Saraiva 2003:325)⁹⁷

A pretensão cientificista do positivismo jurídico, “de moldar o Direito a partir do estatuto das ciências exatas como disciplina avalorativa”, permitiu “a constatação de que o direito positivo

96 Entendendo o artifício utilizado por Pórcia como uma blasfêmia contra a lei e o Direito, é célebre a opinião de Rudolf von Ihering colhida de seu clássico “A luta pelo Direito”. Segundo Ihering, quando Shylock invoca a lei para fazer valer seu título “já não é o judeu quem reclama a sua libra de carne; é a própria lei de Veneza que bate à porta do tribunal – porque o seu direito e o direito de Veneza são um só; no seu direito é o direito de Veneza que desmorona. E quando ele próprio [Shylock] tomba sob o peso da sentença que, por um miserável escárnio, sofisma o seu direito, no momento em que perseguido com insultos cruéis, aniquilado, desalentado, curva os joelhos a tremer, quem poderá resistir ao sentimento e à idéia de que o direito de Veneza é que foi humilhado (...)” (IHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1990, 54-55) É, todavia, o próprio Ihering quem cita seu opositor, Joseph Kohler, para quem o Mercador de Veneza é a “quinta-essência do direito; encerra uma jurisprudência mais profunda do que dez tratados de Pandectas e facilita-nos um golpe de vista mais profundo sobre a história do direito do que todas as obras desde Savigny até Ihering.” (Shakespeare perante o foro da jurisprudência. Würzburg, 1883 apud Ihering, 1990:XIV)

97 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.

pode assumir contornos horripilantes para legalizar a barbárie, como aconteceu durante o nazismo na Alemanha, implantado sem ruptura forma com a Constituição de Weimar” (SARMENTO, 2002:266)⁹⁸

Dorian Gray, personagem criado por Oscar Wilde, impressionado com sua própria beleza no quadro que dele pintara um amigo, sonha com a possibilidade de sua imagem se manter assim, intacta e bela, para sempre. O sonho se cumpre: conforme o tempo passa, Dorian Gray se mantém jovem e impecável, enquanto, em razão de seus desvios de caráter, é a imagem do retrato que vai envelhecendo e se degradando. Para omitir a farsa, Dorian Gray esconde o quadro e chega a assassinar seu amigo pintor, que desvendara o mistério. Por fim, decide livrar-se da prova de seu crime.

Assim termina a narrativa:

Existia uma única prova acusadora: o retrato. Ele o destruiria. Por que o conservara tanto tempo ? Outrora tinha prazer em vê-lo mudar, envelhecer. Isso já não o divertia, causava-lhe insônias. Quando se ausentava, consumia-o o medo de que outrem pudesse ver a efigie monstruosa que era a sua consciência e que ele ia eliminar.

Dorian Gray correu o olhar ao redor. Viu a faca que lhe servira para apunhalar Basil Hallward, cintilante e

98 SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (org.) Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Na nota de rodapé que complementa o parágrafo transcrito, SARMENTO complementa: “A Constituição de Weimar não continha cláusulas pétreas explícitas, e o partido nazista, que obtivera maioria no Parlamento alemão, conseguiu aprovar em 1933 o chamado “Ato de Habilitação(...) [que] conferia ao Gabinete o poder de editar normas com poder de alterar até a Constituição. Com base neste poder, Hitler, dentre outras medidas, retirou a cidadania dos judeus, abrindo caminho para o Holocausto.

limpa. Matara o pintor. Mataria o quadro e tudo o que este significava. E ele estaria livre, livre desta tela monstruosa dotada de alma, livre de suas admoestações hediondas. Viveria finalmente em paz.

Empunhou, pois, a faca e trespassou o retrato.

Ecoou um grito, seguido de um estrépido. O grito pavoroso, na sua agonia, fora tão lancinante, que a criadagem acordou a acudiu alarmada.

(...)

Ao entrarem na sala, viram na parede o magnífico retrato do amo, como eles o tinham conhecido em pleno apogeu da sua esplêndida mocidade e beleza. No chão jazia o cadáver de um homem em traje a rigor com a faca cravada no peito. Ele estava lívido, enrugado e repugnante. Só pelos anéis é que os seus criados conseguiram identificá-lo. (WILDE, 2001:224-225)⁹⁹

Pois, no positivismo jurídico, a lei, tal qual o rosto de Dorian Gray, se mantém impecável e bela, mesmo quando, por um reflexo seu, serve às mais terríveis atrocidades.

Esse é o trauma que a desconexão entre Direito e Justiça legou à humanidade.

A Lei Justa No Pós-Positivismo

O pós-positivismo vem formular uma nova proposta de relação entre o Direito e a Moral: “nem sobreposição (como no jusnaturalismo), nem separação radical (como no positivismo),

⁹⁹ WILDE, Oscar. O retrato de Dorian Gray. As obras-primas de Oscar Wilde. Trad. Marina Guaspari. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

mas sim complementariedade.” (MAIA e SOUZA NETO, 2001:65)¹⁰⁰

A moral que se há de sopesar no cotejo com o Direito não será, pois, marcada pela imutabilidade, universalidade e transcendência que caracterizaram o jusnaturalismo, mas estará ligada a valores de dimensão cultural do homem enquanto ser-no-mundo (*in-der-Welt-sein*): o que ele se propõe a construir, através de seu próprio universo axiológico e, a partir daí, transformar. (PINTO, 1984: 84)¹⁰¹

O resgate dos valores pelo discurso jurídico, no paradigma pós-positivista, dar-se-á através dos princípios. (BARROSO, 2001 24 e MAIA e SOUZA NETO, 2001:57-58.)

Com efeito, “sendo os princípios constitucionais a sede normativa dos valores morais, a adoção de uma perspectiva principialista da Constituição conduz, necessariamente, a uma abertura da argumentação constitucional para a dimensão moral.” (SARMENTO, 2002:276)

Recupera-se, assim, a idéia de racionalidade prática como norte interpretativo do Direito.

De fato, se valores absolutos, tais como a Justiça, não podem ser, como na visão matemático-cientificista do positivismo jurídico, equacionados de forma silogística e exata, sem

100 MAIA, Antônio Cavalcanti. E SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios do Direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias Guerra, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly. (Orgs.) Os princípios na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57-100.

101 PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1984. A autora cuida aqui de uma nova leitura para o direito natural, cujas características em tudo se assemelham ao que, numa fórmula simplificada, poderia ser considerados ingredientes do pós-positivismo, embora privilegia a matriz histórico-cultural deste *revival* dos valores.

descambar para o decisionismo e o relativismo, fato é que a razão prática, se dotada de coerência, conduz o intérprete se não à única resposta correta, como na quimera dworkiana, à “racionalidade do plausível e do provável” (MAIA e SOUZA NETO, 2001:60), o que há de ser perseguido através dos novos cânones da interpretação e posto à evidência pelo recurso racional e transparente da argumentação jurídica.

A “lei justa” para CHAÏM PERELMAN

Para ilustrar seu conceito de validade dedutiva, ATIENZA recorre ao célebre conto de Allan Poe “*A carta roubada*”:

Auguste Dupin (precursor de Sherlock Holmes, do padre Brown, de Hercule Poirot etc.) recebe, um dia, a visita do chefe de polícia de Paris, que o consulta sobre o seguinte problema: um documento da maior importância foi roubado na residência real. Sabe-se que o autor do roubo é o Ministro D., que usa a carta como instrumento de chantagem contra uma dama da realeza. O ministro certamente escondeu a carta em algum lugar da sua casa, mas o chefe da polícia, apesar de ter realizado uma busca minuciosa, não consegue encontrá-la. Dupin é bem sucedido no caso, graças a um processo de raciocínio que, grosso modo, é o seguinte: se a carta tivesse estado ao alcance da busca os agentes teriam descoberto e, como a carta tem de estar na residência do ministro, isso quer dizer que a polícia não procurou direito. Dupin sabe que o Ministro é uma pessoa audaz e inteligente e que, além disso, tem não apenas uma inteligência matemática como também – se assim se pode chamar – uma inteligência poética. Assim, o ministro pôde prever que sua casa seria revistada pela polícia e que os homens do prefeito procurariam em todos os lugares onde se supõe que uma pessoa pode deixar um objeto que pretende esconder. Com base nisso, Dupin infere que o ministro teve de deixar a carta num lugar muito visível,

mas, precisamente por isso, inesperado. E efetivamente ele encontra a carta numa caixa de papelão para cartões que pendia de uma tira azul sobre a lareira, enrugada e manchada (como se se tratasse de algo sem importância) e exibindo um sinete e um tipo de letra no endereço de características opostas às da carta roubada (pois o envelope havia sido convenientemente trocado). (27-28)

(...) poderemos sintetizar (e simplificar) da seguinte maneira a argumentação que lhe permite descobrir o mistério:

O ministro é um homem ousado e inteligente.

O ministro sabia que a sua casa seria revistada.

O ministro sabia que a polícia procuraria em todos os lugares em que fosse possível esconder uma carta.

Logo, o ministro deve ter deixado a carta num lugar tão visível que, precisamente por isso, ela passou despercebida pelos homens do chefe da polícia.

Contudo, este último não é, obviamente um argumento dedutivo, já que a passagem das premissas à conclusão não é necessária, mas apenas provável ou plausível. (...) pois há muitas ocasiões em que nos deparamos com a necessidade de argumentar sem que, no entanto, seja possível utilizar argumentos dedutivos. Isso ocorre evidentemente, não apenas nos romances policiais como também na vida comum e no Direito (ATIENZA, 2000:27-28,39-40)¹⁰²

102 ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

O objetivo da teoria da argumentação de PERELMAN “é ampliar o campo da razão para além dos confins das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas, a fim de poder dar conta também dos raciocínios que ocorrem nas ciências humanas, no Direito e na filosofia” (ATIENZA, 2000:84): o raciocínio dialético: argumentativo ou prático.

Enquanto no silogismo jurídico cartesiano, “a lógica formal se move no campo da necessidade, [em que] um raciocínio lógico-dedutivo, ou demonstrativo, implica que (*sic*) a passagem das premissas para a conclusão é necessária: se as premissas são verdadeiras, então a conclusão também será, necessariamente; ao contrário, a argumentação em sentido estrito se move no campo do simplesmente plausível. Os argumentos retóricos não estabelecem, verdades evidentes, provas demonstrativas, e sim mostram o caráter razoável, plausível, de uma determinada decisão.” (ATIENZA, 2000:84), porque “(...) a própria índole da deliberação e da argumentação se opõem à evidência e à necessidade absoluta; porque não se delibera nos casos em que a solução tem caráter de necessidade, como não se argumenta contra a evidência.” (PERELMAN, 1964:II e III) ¹⁰³ PERELMAN, por isso, chama sua teoria de *Retórica*.

Em PERELMAN, então, os princípios são *topoi* aos quais o juiz – através do método dialético – recorre como pontos de partida na fundamentação de suas decisões, através da argumentação jurídica (ATIENZA, 2000:66), já que “o próprio fato de esses princípios serem, explícita ou implicitamente, reconhecidos pelos tribunais prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de

103 PERELMAN, Chaïm. De la justicia. Trad. Ricardo Guerra. Prefácio de Luis Recasens Siches. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1964.

direito depender (...) em última análise de uma norma suprema pressuposta.” (PERELMAN, 1996: 18) ¹⁰⁴

A “lei justa” perelmaniana há de ser a “principiológica”, na acepção que só mais adiante se lhe há de conferir. ¹⁰⁵

A lei justa para DWORKIN

Para tratar do já conhecido sistema de regras e princípios na obra de DWORKIN, é conveniente, como mais tarde se o verificará, levar em conta uma das ponderações de COMTE-SPONVILLE (1995:70-71) acerca do significado da Justiça:

“Se para salvar a humanidade fosse preciso condenar um inocente (torturar uma criança, diz Dostoiévski), teríamos de nos resignar a fazê-lo ? Não.”

DWORKIN critica a visão positivista, estritamente formal, de que a lei valha, em qualquer circunstância, apenas em função de seu *pedigree* e de que o Direito se resuma a um mero conglomerado de normas. ¹⁰⁶

Pela via dos princípios jurídicos – e mesmo dos morais – uma lei, ainda que posta pela autoridade competente, ao violar um direito moral, poderá ser tida como inválida. Neste sentido,

104 PERELMAN, Chaím. *Ética e Direito* (Trad. Maria Ermentina Galvão G.Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996)

105 Embora, para Perelman, seja possível formular um noção válida de justiça de caráter puramente formal – “deve-se tratar do mesmo modo os seres pertencentes à mesma categoria” – é preciso, para esta avaliação de identidade de categoria, recorrer a critérios materiais de justiça (ex. a cada um o atribuído pela lei). “Posteriormente, o pensador procurou superar seu radical formalismo na maneira de conceber ou idear a Justiça, temperando-o com a noção de razoabilidade.” (TEIXEIRA, 1990:248) Embora, portanto, o autor tenha dado destaque à reflexão sobre Justiça, privilegamos, neste ensaio, sua teoria da argumentação, porque optamos pela unidade metodológica dos pós-positivistas eleitos: a ancoragem de suas formulações nos princípios.

106 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelso Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

para DWORKIN, a maioria não pode violar o direito moral de um único cidadão ao pretexto de argumentos utilitaristas. (BENTHAM)

Em contraposição a HART, para quem as normas de “textura aberta” (1994)¹⁰⁷ levam à discricção judicial, são justamente os princípios que, na visão dworkiana, funcionam como critério para decidir, o que conduz seu pensamento a uma reabilitação da racionalidade moral-prática.

Nesta tarefa hermenêutica, segundo a interpretação que RICOEUR confere ao *modelo de texto literário* proposto por DWORKIN:

... o sentido da lei, se existe algum, deve-se procurar no texto e suas conexões intertextuais e não na ordem de um legislador, simétrico jurídico da intenção atribuída ao autor de um texto literário”, [o que permite que a] “lei [seja] liberta do que denomina [DWORKIN] o seu *pedigree* (4-7)¹⁰⁸

A função hermenêutica do magistrado é de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido a partir da moralidade, que, em DWORKIN, “é dinâmica e não estática (como se dá nas versões jusnaturalistas).” (MAIA E SOUZA NETO, 2001:84).

Para DWORKIN, então, são os princípios que tornam o Direito justo; neste viés, “lei justa” é a “principiológica”, que se virá de conceituar.

107 HART, H. L. A.. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, traduzido de “The concept of law”.

108 RICOEUR, Paul. O justo ou a essência da justiça. Lisboa: Instituto Piaget, 1997

A lei justa para ROBERT ALEXY

Em sua versão procedimental da razão prática, que regula a aplicação de regras, princípios e procedimentos, ALEXY dá destaque aos princípios ¹⁰⁹ – os já bastante divulgados *mandados de otimização* –, que permitem a ponderação entre valores porventura colidentes.

Neste sentido, para ALEXY, em razão da necessidade de ponderação, os princípios podem ser comparados aos valores. (1997:138) ¹¹⁰

Também para ALEXY, portanto, “lei justa” pode ser considerada a “principiológica”.

Neste viés, a “lei justa”, no pós-positivismo, será a “principiológica” – derivada de uma *normatividade principiatista* (OTERO, 2003:162) ¹¹¹ –, única capaz de, espraçando-se, por sua natureza fluida, por todo o ordenamento, garantir-lhe o substrato moral – e justo – que a pureza da norma jurídica como só *fato* e não *valor* jamais poderia lograr.

Ao lado da “lei principiológica”, lei justa no pós-positivismo será aquela que, mesmo sob a forma de regra, desde que provida de conceitos jurídicos indeterminados, *v.g.*, garantirá ao intérprete uma margem de “balanceamento de valores e interesses” (CANOTILHO, 2002:1147) ¹¹², de forma que a

109 Para a já bastante difundida distinção alexiana entre regras e princípios, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

110 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

111 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

112 CANOTILHO, J. Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

“flexibilidade do conteúdo da legalidade” (OTERO, 2003:§18º) ¹¹³ importe antes liberdade e justiça do que arbitrariedade e decisionismo do intérprete. ¹¹⁴

Uma Sociedade Justa, Em John Rawls

RAWLS, com sua monumental obra *Uma Teoria da Justiça* (1997) ¹¹⁵ - depois aprimorada no *Liberalismo político* -, também recoloca a discussão ética no âmbito da Política e do Direito.

De acordo com a teoria de justiça rawlsiana, para que se pudesse conceber uma sociedade justa, dever-se-ia supor que seus membros, numa *posição original* (RAWLS, 1997:13) ¹¹⁶, cobertos por um *véu de ignorância* (RAWLS, 1997:13),

113 OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

114 Para o que se possa entender como uma crítica contundente ao modelo proposto por Otero, há que se levar em conta a teoria do discurso de Jürgen Habermas, que só numa outra oportunidade poder-se-á evidenciar. De qualquer forma, pode-se, desde já, anunciar que, para Habermas, em síntese simplista, lei justa é aquela que se discute, em permanente diálogo, no espaço público. (HABERMAS, Jürgen, Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I – trad. Flávio Beno Siebenrichter. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.)

115 RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. Trad. Almiro Piseta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

116 Pontue-se que, no famoso Case of the Speluncean Explorers, torna-se dispensável recorrer a qualquer situação contra-fática, como a posição original de Rawls, a situação ideal de fala em Habermas ou o estado (selvagem) da natureza – onde lupus omni lupus – em Hobbes, porque a situação de pré-disposição à instituição de uma sociedade justa, dialógica ou “civilizada”, respectivamente, é fato. Neste clássico da disciplina de Introdução ao Estudo do Direito (FULLER, Lon. F. O caso dos exploradores de cavernas. Trad. e intro. de Plauto Fáraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999), não se está, todavia, a cuidar do pacto de regras que irão reger doravante a sociedade, mas que formalizarão balizas para o julgamento, apenas, de um crime. De qualquer forma, a ilustração facilita o entendimento do porquê de esta posição original rawlsiana, ainda que hipotética, poder ser compreendida como factível.

estivessem aptos a deliberar quais os *princípios de justiça* que viriam a disciplinar-lhes a futura convivência social.

De acordo com o novo contrato social rawlsiano (RAWLS, 1997:12), justamente porque seus membros ainda se encontram numa posição de igualdade e porque desconhecem as posições “secundárias” que virão a ocupar ao depois, seriam escolhidos, de forma racional (RAWLS, 1997:15), consensual e equitativa¹¹⁷, dois princípios: 1º) o da igual liberdade para todos e 2º) o da diferença, pelo qual desigualdades podem ser aceitas desde que resultem “em benefícios compensatórios para cada um e, particularmente, para os membros menos favorecidos da sociedade.” (RAWLS, 1997:16)

E porque “o motivo do conflito social sempre é a distribuição” (WALZER, 2003:12)¹¹⁸, uma vez aplicada esta fórmula, a sociedade tornar-se-ia justa.

Na observação de VILHENA acerca da obra rawlsiana, “os princípios da justiça (...) não constituem valores transcendentais como os direitos naturais, mas princípios decorrentes da razão humana, voltados à organização da sociedade em que os homens sejam compreendidos como fins e não como meios.” (1999:224)¹¹⁹

Para RAWLS, lei justa será, então, aquela que seres livres, racionais e iguais – tendo acordado acerca dos princípios de

117 “Isso explica a propriedade da frase ‘justiça com equidade’: ela transmite a idéia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa.” (Rawls, 1997:13)

118 WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. SP: Martins Fontes, 2003.

119 VILHENA, Oscar. A Constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999.

justiça da liberdade e da igualdade numa posição original isonômica – pactuarão, embora em RAWLS, se deva conceber Justiça *as fairness* e não como [estrita] legalidade ... (COMTE-SPONVILLE, 1995:81)

Mesmo assim, para simbolizar o que possa ser desejado como *lei justa* numa sociedade que, *ordenada ao modus rawlsiano* (1997:5) , deixaria de apresentar as abissais desigualdades sociais que encontramos no mundo contemporâneo, torna-se quase impossível encontrar uma obra literária que a retrate, senão milhares de histórias e estórias que reflitam, muito ao contrário, as ignomínias e as injustiças que ela pretende, justamente e a todo custo, evitar: por todas, escolhe-se só uma: *A Caverna*, de JOSÉ SARAMAGO, que retoma o mito da caverna platônica para a atualidade.

No livro, Cipriano Algor é um oleiro que fabrica objetos de argila e que, aos sessenta e quatro anos de idade, recebe a notícia de que o “Centro” – o grande opressor da narrativa - não precisará mais de seus produtos artesanais, porque irá construir uma fábrica. SARAMAGO descreve, então, as mazelas da alma deste oleiro esmagado pela inutilidade de sua profissão que, a esta altura da vida, já não pode mais reverter. Cipriano Algor decide, então, visitar, com seu cunhado Marçal, as escavações da indústria no Centro e, de forma assombrosa, descobre que, no interior de uma gruta, havia seis corpos alinhados em torno de um banco de pedra, e restos de ataduras que teriam sido usados para imobilizar-lhes os pescoços e as pernas. Quando instado por sua filha a descrever o que viu e quem eram as pessoas encontradas no interior da caverna, esclarece Cipriano Algor:

Que foi que viu, quem são essas pessoas,
Essas pessoas somos nós, disse Cipriano Algor,
Que quer dizer,

Que somos nós, eu, tu, o Marçal, o Centro todo,
provavelmente o mundo. (2000:334-335) ¹²⁰

Último Ato: E Diante Da Lei Injusta – A Lei Ou A Justiça ?¹²¹

Este ensaio sobre Direito, Justiça e Literatura – não necessariamente nesta ordem ... – terminava com a retomada da alegoria da caverna platônica, contextualizada de forma um tanto quanto pessimista para os dias atuais, mas faltava uma palavra sobre a lei injusta e uma pitada de aposta otimista na justiça.

“Afastando-se o positivismo” (AZEVEDO, 1996:139) – que, como se viu, despreza o problema da injustiça, por considerá-lo indiferente à validade da norma jurídica – lei injusta é aquela que “é clara, resultando, por isso, difícil dar-lhe sentido e alcance diversos do que normalmente se depreende de seu texto, sendo igualmente clara a injustiça de sua disposição.” (AZEVEDO, 1996:139)

Como resolver o impasse: aplicar a lei ou fazer justiça ? Ou se vai ficar à porta da entrada, esperando o momento mais oportuno – que nunca chega – de entrar na lei guardada por um sentinela kafkaniano ?

AZEVEDO revela que, na prática, o jurista para contornar o problema ao invés de enfrentar o embate entre a lei, o direito e a justiça, utiliza-se, muitas vezes, de subterfúgios que se tornam

120 SARAMAGO, José. A caverna. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. As frases, sem pontuação, são reprodução fidedigna da obra do autor, mas a separação das mesmas, em parágrafos, foi recurso arbitrariamente eleito para melhor compreensão do conteúdo e do sentido do diálogo.

121 Este é o título de um dos capítulos do livro de Azevedo. (1996:139)

“risíveis” – como o acolhimento de uma preliminar para não se enfrentar o mérito da questão – só para se obter um resultado justo. (1996:139)

Pode-se ser mais leal ao direito e à própria idéia de lei, optando-se pela justiça.

Por mais que se tenha levado em conta o significado de lei justa para as mais diversas e até antagônicas teorias de justiça, direito e Estado, ninguém duvida de que a Justiça está muito além da lei ... Ao ditado *pro lege saepe, pro iure, semper*, (*pela lei, muitas vezes; pelo direito, sempre*) acrescentar-se-ia: pela justiça, acima de tudo.

Também segundo COING, se é impossível realizar *the Justice under Law*, deve-se optar pela justiça. (COING, 1961:251-252)
122

“Quando a lei é injusta, é justo combatê-la – e pode ser justo, às vezes, violá-la. [Como na] Justiça de Antígona contra Creonte.” (COMTE-SPONVILLE, 1995:73)

Afinal, “não é a justiça que faz os justos, são os justos que fazem a justiça.” (COMTE-SPONVILLE, 1995:55)

Bibliografia

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Coimbra, 1987.

122 COING, Helmut. Fundamentos de filosofía del derecho. (Grundzüge der Rechtsphilosophie) Trad. por Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961. Ao contrário de Coing, não precisamos recorrer ao direito natural, podendo-se obter, no seio do dentro do próprio sistema normativo, numa perspectiva pós-positivista, a solução mais justa para o caso concreto.

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Fáraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1983.
- BARROSO, Luís Roberto. Direito e paixão. *in* *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol.I – trad. Flávio Beno Siebenrichter. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.)
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANOTILHO, J. Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAVALCANTI NETTO, João Uchôa. *O Direito, um Mito*. Rio de Janeiro: Rio Estácio de Sá, 2002.

- COING, Helmut. *Fundamentos de filosofia del derecho. (Grundzüge der Rechtsphilosophie)* Trad. por Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes.* trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CRUZ, Sebastião. *Jus directum (directum).* Coimbra: Coimbra, 1971.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* São Paulo: Saraiva, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* trad. Nelso Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ÉSQUILO. *Oréstia: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides.* Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.* São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas, 1994.
- FULLER, Lon. F. *O caso dos exploradores de cavernas.* Trad. e intro. de Plauto Fáraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad.* Barcelona: Paidós.
- HART, H. L. A.. *O conceito de direito.* Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, traduzido de “*The concept of law*”.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito.* Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Literatura & Direito: uma outra leitura do mundo das leis*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. *O problema da justiça*. Introdução de Mário G. Losano à edição italiana. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. E SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios do Direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. **In**: PEIXINHO, Manoel Messias Guerra, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly. (Orgs.) *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57-100.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MONTESQUIEU. *De L'Esprit des lois*. Vol. I. Paris: Éditions Gallimard, 1995.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do direito administrativo*. **In**: TAVARES, André Ramos, FERREIRA, Olavo A. V. Alves e LENZA, Pedro. (Orgs.) *Constituição Federal – 15 anos, mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003.

- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. *De la justicia*. Trad. Ricardo Guerra. Prefácio de Luís Recasens Siches. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1964.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1984.
- PLATÃO. *A República*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- _____. *A Apologia de Sócrates. apud SÓCRATES. Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- _____. *Diálogos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- _____. *Oeuvres complètes*, tomo VI, *Les lois*, livros I-VI, Paris, 1946.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Piseta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Instituto Piaget.
- ROUSSEAU, J.J. *Do contrato social: princípios do direito político*. Trad. e coment. de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SARAMAGO, José. *A caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

- SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (org.) *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- SHAKESPEARE, Willian. *O Mercador de Veneza*. Trad. de Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.
- SÓCRATES. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- SÓFOCLES. *A trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono e Antígona*. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- TEIXEIRA, Antônio Braz. *Sentido e valor do direito: introdução à filosofia jurídica*. Lisboa: Casa da Moeda, 1990.
- VILHENA, Oscar. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. SP: Martins Fontes, 2003.
- WILDE, Oscar. O retrato de Dorian Gray. *As obras-primas de Oscar Wilde*. Trad. Marina Guaspari. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

Outros temas

O universalismo como opressão

« Posons donc que tout ce qui est universel chez l'homme relève de l'ordre de la nature et se caractérise par la spontanéité, que tout ce qui est astreint à une norme appartient à la culture et présente les attributs du relatif et du particulier. » Lévi-Strauss, Structures élémentaires de la parenté

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté **et la résistance à l'oppression** » (1789)

O povo pusilânime

O reitor da Universidade de Flagstaff no Arizona usava corte de cabelo militar, camisa de manga curta com gravata, nada na aparência que o marcasse como um acadêmico. O que ia dizendo reforçava ainda mais a impressão de que era não um

professor universitário, mas um pukka sahib¹²³ ou um coronel de fuzileiros:

“No início dos anos sessenta, os navajos começaram a vir para a Universidade. Tínhamos muitas baixas - um de cada quatro índios se suicidava antes do fim do primeiro ano letivo. Muito devagar, se acostumaram. Hoje morrem muito menos”

A questão em pauta é o do encontro de culturas. Quando se sai de Flagstaff para o leste, há um aviso enorme na estrada - “You are entering the Navajo Nation”. E por muitos quilômetros, a terra bastante inóspita é regida pelos tratados de paz entre os Estados Unidos e um povo guerreiro, sob um estatuto de direito internacional.

A mortalidade, diz o coronel-reitor, é devida a falta de competitividade dos índios - que não participam dos esportes, que sofrem com a liberdade de iniciativa, que não têm pulso e hombridade para lutar pelo melhor lugar. São tão pusilânimes como povo, que se suicidam por não poderem assimilar o melhor da ética da sociedade americana.

Isso era 1976, nos tempos de Carter e do *bicentennial*. Hoje o choque ético e étnico continua, e os navajos ainda rejeitam a competição como base moral e jurídica da sociedade:

“The two cultures are incompatible. The kids are raised differently, they're not competitive, they believe inequalities should be evened out. They're raised to be in harmony with the environment, and to take responsibility for the clan. Unlike Western teenagers wanting to separate from their families, Indian teens try to reconcile Western culture with traditional culture.”¹²⁴

123 Pukka sahib, uma expressão em hindi, que denotava o inglês colonizador, distante e convicto de sua superioridade. “British prestige, the white man’s burden, the pukka sahib sans peur et sans reproche” (Burmese Days, George Orwell).

124 Marjorie Harvey, The Navajo Heartland, The Boston Globe, encontrado em http://travel.boston.com/places/getaways/west/globe_cameron.shtml, visitado em 10. de junho de 2003.

O contingente e o necessário

No trato entre os povos, a noção de “direitos humanos” vem a ser o conjunto de poderes ou pretensões que pertinem *necessariamente* a uma pessoa ou a um grupo de pessoas, pelo simples fato de sua humanidade ¹²⁵.

Assim, seriam situações jurídicas que precederiam ou transcenderiam as legislações nacionais, já por serem dotadas de universalismo. Precedência, em tese, tanto lógica como hierárquica. Como tal, o tema tem surgido como um dos mais refulgentes da retórica do momento ¹²⁶, ainda que, especialmente no tocante à precedência impositiva, sujeito a todo tipo de controvérsia ¹²⁷.

125 Patrice Meyer-Bisch, *Le corps des droits de l'homme : l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en oeuvre des droits de l'homme*, Ed. universitaires, Fribourg, 1991, " quand il s'agit des droits de l'homme, c'est l'ensemble de la relation qui est spécifiée par l'universalité : 1. Le sujet est formellement universel (qu'il soit individuel ou collectif) 2. L'objet revêt une nécessité fondamentale, du fait de son adéquation à ce qui dans le sujet est universel 3. Le débiteur est en principe général ". De outro lado, não somente o homem seria sujeito - ou objeto - de direitos humanos. Vide Richard A. Epstein, *Animals as Objects, or Subjects, of Rights*, U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 171, <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/workingpapers.html>.

126 “In the consensus, in the world we have and are shaping, the idea of human rights is the essential idea, Henkin, *The Age of Rights* (New York: Columbia University Press, 1990), p. 193. Mas Henkin, cujas aulas eu “roubava” no meu tempo em Columbia, precisa: “In international instruments, representatives of states declare and recognize human rights, define their content, and ordain their consequences within political societies and in the system of nation-states. The justification of human rights is rhetorical, not philosophical. Human rights are self-evident, implied in other ideas that are commonly intuited and accepted.” Henkin está obviamente citando a Declaração da Independência de 4 de julho de 1776: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness.”

127 O tema dos direitos humanos, como direitos que a tudo precedem, sendo decorrentes da natureza evidente das coisas, como quer Henkin, não é sentido do mesmo jeito em toda parte. Disse o Ministro das Relações Exteriores da China, Tang

A questão do *universalismo* de tais direitos, assim, toma especial significação. Num contexto internacional, universal significaria, pela simples acepção do léxico, aquilo que é imune à arbitrariedade¹²⁸ e diversidade das normas singulares. O universal, neste sentido, é um espaço próprio de problemas, tanto intrínsecos¹²⁹ assim como extrínsecos¹³⁰.

Jiaxuan, New York Times, Sept. 23 1999, p. A5, “Such arguments as “human rights taking precedence over sovereignty” and “humanitarian intervention” seem to be in vogue these days. But respect for sovereignty and non-interference are the basic principles governing international relations and any deviation from them would lead to a gunboat diplomacy that would wreak havoc in the world.” Boris Yeltsin tocou no mesmo tema como documentou o New York Times, em 19 de novembro de 1999, p. A13.: “Not all the ideas that have arisen in the course of the discussion about the future of Europe seem to us to be justified. I’m thinking in particular of the appeals for humanitarian interference—this is a new idea—in the internal affairs of another state, even when this is done on the pretext of protecting human rights and freedoms”.

128 Neste contexto, arbitrariedade deve ser entendida como não necessariedade, aquilo que representa uma escolha livre entre opções possíveis. Assim se diz, de um signo a que não corresponde nenhuma motivação ou determinação em face do objeto representado: a palavra árvore é arbitrária em face do vegetal, tanto que pode ser também tree, arbol, arbre, etc. Por oposição, num sistema de significação, os universais, já por o serem, importam em necessariedade ou pelo menos em onipresença.

129 Num excelente resumo dessa problemática: “What happens when individual and group rights collide? How are universal human rights determined? Are they a function of culture or ideology, or are they determined according to some transnational consensus of merit or value? If the latter, is the consensus regional or global? How exactly would such a consensus be ascertained, and how would it be reconciled with the right of nations and peoples to self-determination? Is the existence of universal human rights incompatible with the notion of national sovereignty? Should supranational norms, institutions, and procedures have the power to nullify local, regional, and national laws on capital punishment, corporal punishment of children, “honor killing,” veil wearing, female genital cutting, male circumcision, the claimed right to bear arms, and other practices? How would such a situation comport with Western conceptions of democracy and representative government?”, Human rights" Encyclopædia Britannica from Encyclopædia Britannica Premium Service. <<http://www.britannica.com/eb/article?eu=109242>> [Acessado em 9 de julho de 2003].

Como já dissemos, o tema desse trabalho é o do contato entre culturas. Mais precisamente, o do uso do estandarte dos direitos humanos como justificativa da padronização de valores na sociedade mundial, segundo critérios formados segundo a experiência e sensibilidade de *certas* sociedades, e apenas elas, dentre todas as que formam a vivência humana.

A retórica do humano e o racionalismo de mercado

Claro está que se questiona aqui especialmente o *uso retórico e político* do tema de direitos humanos. Como qualquer item da agenda internacional, especialmente aqueles consagrados como tendo maior estofamento moral, o tema está sujeito ao aproveitamento cínico ou tópico, de forma suscetível a trazer revolta a muitos, não menos ao autor deste estudo:

“One of the major paradoxes surrounding the human rights issue is that it became central to foreign policy as part of a deliberate strategy to protect the national interest. Human rights activists will not like this claim, of course. They prefer, as is their way, to think

130 Como tenta enfatizar esse trabalho, universalismos são suspeitos. Lembra John Tasioula, *International Law and the Limits of Fairness*, *European Journal of International Law* 13 (2002), pp.993-1023, “The mainstream of the Western tradition of ethical universalism, represented by the Stoics, mediaeval natural lawyers and Enlightenment rationalists, sought to defuse the problem of ethnocentrism (at least implicitly, since they were not always explicitly exercised by crosscultural variation in ethical belief) by asserting the objectivity of the norms to which they attributed universal scope. Such norms were not only universally applicable, so that all individuals or societies came within their purview, but universally valid as well. In other words, universality of scope was combined with objectivity of status: some account of the derivation of such norms through rational reflection on human nature or divine purpose, or through the formal conditions imposed by pure practical reason, was invoked to validate rationally the favoured norms as properly regulating the conduct of all relevant agents in the global domain. Moreover, this rational validation was not presented as contingent on accepting the authority of certain standards simply as given. On the contrary, the project was one of rationally vindicating the basic norms of a universalist ethic in a non-question-begging way against those who might be disposed to challenge its authority”.

they are acting from nothing but the highest and purest moral considerations. But even they will admit that these explicit concerns--as opposed to a general U.S. urge to be the world's good guys--had a definite beginning in the Ford administration. They prefer, however, to forget that this stance was deliberately engineered by Daniel Patrick Moynihan to counter the hypocrisy of the Third World communist bloc.

Moynihan, as ambassador to the UN, was tired of just sitting there and taking it when the bloc used anti-capitalist moralizing as a basis for attacking the policies of the democracies at the behest of the USSR. So he developed the strategy of counterattacking (or even getting in the first punch) on the grounds of the abuse of "human rights" by these regimes. This brilliantly put the democracies on the attack, reversing their previously defensive stance of continual apology. It put the onus of explanation and justification on the totalitarian dictatorships and their bullyboy leaders. It was not, however, something that arose out of humanitarian concern for the benighted inhabitants of these Third World terror regimes, but out of the need to combat their governments' belligerence in the UN, and hence to curtail the influence of our major competitor.

I am not saying that anything Senator Moynihan did could have been totally cynical, but he was quite clear about the development of this as a strategy of foreign policy first and foremost. In *A Dangerous Place* (1978), he describes this as his "jujitsu principle": "to use the momentum of the majority against the majority." It was in the defense of the national interest and in the interest of the Western alliance. As one strategy among many to promote our collective ends, it had its place. As an excuse for foreign policy today--given the huge amount of post-Cold War military hardware available, and the compelling urge presidents and premiers seem to have to use that hardware--it deserves a close and skeptical scrutiny. (...)"¹³¹

Naturalmente, com o uso *defensivo* do tema de direitos humanos como parte da Guerra Fria, acresceu-se o tom político

131 Robin Fox, *Human Nature and Human Rights*, National Interest, Winter2000/2001 Edição no. 62, p. 77.

da discussão, não limitado ao conflito entre países de mercado e países socialistas, mas também inflamado no diálogo em contínua erosão entre países centrais e periféricos ¹³².

Assim, o tema torna-se polêmico e contencioso. Estados, para justificar políticas contrárias aos direitos humanos, mantêm aparência e elaboram discursos em sua defesa. Alguns dos mais eminentes defensores de tais direitos têm tristes registros na prática ¹³³, que, recentemente, podem inclusive ter se agravado

132 Joy Gordon, *The Concept of Human Rights: The History and Meaning of Its Politicization*, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 23, P. 689. Vide também Cyril Uchenna Gwam, *The Politics of Human Rights: A Case Study of the 57th Session of the Commission on Human Rights*. Do sumário do trabalho: "It contends that given the reality that contemporary inter-state relations is defined more by real politick than considerations of international morality, as embodied in respect for universally accepted standards and norms of international behavior and/or human rights, proceedings of the CHR are colored by this reality. The paper asserts that the factors responsible for this state of affairs include the naked pursuit of national interests, historical animosity, claims of interference in internal affairs, politics of solidarity with alliance/coalition members, subtle threats of denial of certain privileges, promise/expectation of certain rewards such as reciprocity, perceived/objective discrimination and double standards, ideological considerations and post-cold war realities, paternalism and client-state relationships. This especially is the case with the debates on the first generation of rights on the one hand, and second and third generation of rights on the other. The paper further argues that developed countries (with the support of the East European countries) consistently uphold issues within the domain of first generation rights, unlike developing countries, as against those issues within the domain of second and third generation rights.", encontrado em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=288696, visitado em 14/7/03.

133 Richard A. Posner, *The Problematics Of Moral And Legal Theory* 197-98 (1999): "There was surprisingly little actual enforcement of constitutional rights in the 1950s. A large proportion of criminal defendants who could not afford a lawyer had to defend themselves; the appointment of lawyers to represent indigent criminal defendants was not routine. Many state prisons and state asylum centers were hellholes, and to their inmates' complaints the courts turned a deaf ear. The right of free speech was narrowly interpreted, the better to crush the Communist Party U.S.A. and protect the reading public from Henry Miller. Police brutality was rampant, and tort remedies against it ineffectual. Criminal sentencing verged on randomness; in some parts of the country, capital punishment was imposed with an approach to casualness. In practice the Bill of Rights mostly protected only the

¹³⁴. O resultado deste cinismo político é que já se constatou, em estudo de eminente jurista, que a assinatura e adesão ao tratados internacionais de direitos humanos *piora* e não melhora a situação individual dos Estados que o fazem, quanto aos mesmos direitos ¹³⁵.

Induzido como instrumento de *defesa*, o tema passa a ser inspiração para a agressão e o ataque militar, refletida na postura de John Rawls, considerado o maior filósofo político americano do séc. XX:

(...)Obviously, a principle such as the fourth – that of nonintervention – will have to be qualified in the general case. Although suitable for a society of well-ordered democratic peoples who respect human rights, it fails in the case of disordered societies in which wars and serious violations of human rights are endemic. Also, the right to independence, and equally the right to self-determination, hold only within certain limits, to be specified by

respectable elements of society, who did not need its protection. . . . There were almost no effective legal protections of the environment. Every variety of invidious discrimination was common in employment, and there were virtually no legal remedies for it.”

134 Diz Karima Bennoune em EJIL (2003), Vol. 14 No. 2, 387: 'Is the human rights era ending?', Michael Ignatieff asked in the New York Times in early 2002 ('Is the Human Rights Era Ending?', NY Times, 5 February 2002, AT A29.) . As a post-September 11 syndrome spreads, deprioritizing civil liberties concerns, and as the international community grapples with the ever-expanding war on terrorism, it is easy to understand why he might have raised this question. Hence, the current climate provides a particularly challenging backdrop for an evaluation of the contemporary relevance of the so-called third generation human rights. The legitimacy of these collective rights has always been shakier in the West than that of civil and political rights, or even of economic, social and cultural rights when framed as individual rights. In a season when even previously uncontroversial (at least in theory) human rights norms on torture and arbitrary detention are coming under sustained attack, what hope is there for the right to peace or the right to solidarity? Faced with the challenges of 2003, can concepts of peoples' rights help us leap the myriad human rights hurdles of the early twenty-first century? Or are they merely an embarrassing holdover from the 1970s?

135 Oona Hathaway, Do Human Treaties Make a Difference?, 1111 Yale L.J. 1935 (2002).

the law of peoples for the general case. Thus, no people has the right to self-determination, or a right to secession, at the expense of the subjugation of another people; nor can a people protest their condemnation by the world society when their domestic institutions violate the human rights of certain minorities living among them. Their right to independence is no shield from that condemnation, or even from coercive intervention by other peoples in grave cases¹³⁶.

Adotada como arma no embate entre nações de mercado e as que eram, então, nações de economia planificada, justificada por Rawls como fundamento para a intervenção militar¹³⁷, nada mais natural do que *também* tomar a idéia dos direitos humanos para promover a própria economia de mercado.

Como?

É conhecida a distinção entre as liberdades civis e políticas da geração de 1789, os direitos sociais e econômicos, e direitos humanos de terceira geração. Mas cabe aqui lembrar o novo tecimento dos “direitos de integração” ou “direitos de globalização” de que falam certos autores, e que se vinculariam

136 John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 2001. Para quem alega que a citação reflete mal a postura de Rawls, cabe citar o comentário que lhe faz Jason D. Hill, Professor de Filosofia e fellow in the Society for the Humanities da Cornell University: “I argue, however, for a more pugnacious form of liberalism by rejecting outright, as conceptions of the good, all forms of tribal (racial/ethnic and national) identities and argue for the obliteration of all cultural practices that undermine human rights. For those who believe that moral progress is possible and who wish to further advance the idea that liberal democracies represent a superior and more evolved form of social and political living, *The Law of Peoples* is a detailed and vigorous application of this idea”, in http://www.amazon.com/exec/obidos/tg/detail/-/0674005422/qid=/sr=/ref=cm_lm_asin/102-1439523-7825715?v=glance, visitado em 16/6/2002.

137 Quanto à apologia da intervenção military nesses casos, vide Fernando R. Teson, *The Liberal Case for Humanitarian Intervention*, FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 39, encontrado em <http://www.law.fsu.edu/faculty/workingpapers/>.

aos direitos fundamentais de livre circulação de bens e serviços: o direito humano de vender e comprar todo tipo de utilidade econômica, e de haver o correspondente proveito¹³⁸. A tutela desses direitos humanos de “quarta geração”, assim como a sanção dos demais direitos de outras gerações, incumbiria já à Organização Mundial de Comércio¹³⁹.

Os autores que adotam essa tese lamentam o viés antimercado dos direitos humanos das gerações anteriores. Diz Petersmann:

The neglect for economic liberty rights and property rights in the UN Covenant on economic and social human rights reflects an anti-market bias which reduces the Covenant's operational potential as a benchmark for the law of worldwide economic organizations and for a rights-based market economy and jurisprudence, for example, in WTO dispute settlement practice

138 Alston, 'Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann', 13 EJIL (2002) 815, na página 842.

139 O tema é desenvolvido por Ala'i, 'A Human Rights Critique of the WTO: Some Preliminary Observations', 33 *George Washington International Law Review* (2000-2002) 537-533; Appleton, 'The World Trade Organization: Implications for Human Rights and Democracy', 29 *Thesaurus Acroasium* (2000) 415-462; Bhagwati, 'Trade Linkage and Human Rights', in Jagdish Bhagwati and Mathias Hirs (eds), *The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honor of Arthur Dunkel* (1998) 241-250; Cleveland, 'Human Rights Sanctions and the World Trade Organization', in F. Francioni (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade* (2001) 199-261; Cohn, 'The World Trade Organization: Elevating Property Interests Above Human Rights', 29 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (2001) 247-440; Flory and Ligneul, 'Commerce international, droits de l'homme, mondialisation: les droits de l'homme et l'Organisation mondiale du commerce', in *Commerce mondiale et protection des droits de l'homme: les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques* (2001) 179-191; Lim, 'Trade and Human Rights: What's At Issue?', 35 *Journal of World Trade* (2001) 275-300; Petersmann, 'From "Negative" to "Positive" Integration in the WTO: Time for "Mainstreaming Human Rights" into WTO Law', 37 *Common Market Law Review* (2000) 1363-1382; Qureshi, 'International Trade and Human Rights from the Perspective of the WTO', In F. Weiss, E. Denters and P. de Waart (eds), *International Economic Law with a Human Face* (1998) 159-173; Stirling, 'The Use of Trade Sanctions as an Enforcement Mechanism for Basic Human Rights: A Proposal for Addition to the World Trade Organization', 11 *American University Journal of International Law and Policy* (1996) 1-46.

(...)Yet, the 1966 UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights does not protect the economic freedoms, property rights, nondiscriminatory conditions of competition and the rule of law necessary for a welfare increasing division of labour satisfying consumer demand through private investments and the efficient supply of goods, services and job opportunities ¹⁴⁰.

Haveria alguma relação, ainda que de contigüidade, entre os direitos humanos universalizáveis e os interesses econômico globalizados? Autores afirmam que sim: os Estados que cumprem suas obrigações no âmbito comercial seriam igualmente fiéis aos direitos humanos ¹⁴¹. Outros autores apontam o inverso: quem cumpre compromissos comerciais muitas vezes despreza direitos humanos ¹⁴².

Há pelo menos um certo mau gosto em equalizar abertura de mercado e proibição de tortura; mas a abundância dos textos nesses sentido aponta para a veemência do tema. Na verdade, há um ponto em comum entre os dois assuntos: o intuito de universalização. Se se quer que todos as sociedades humanas aceitem livre comércio e liberdade de palavra, O universalismo necessário envolve os dois temas, e os faz de alguma forma

140 Ernst-Ulrich Petersmann, Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration, *European Journal of International Law*, vol. 13, no. 3

141 Howse and Mutua, 'Protecting Human Rights in a Global Economy: Challenges for the World Trade Organization' (International Center for Human Rights and Democratic Development, Policy Paper, 2002, p. 17.

142 José Alvarez, 'Trade and the Environment: Implications for Global Governance: How Not to Link: Institutional Conundrums of an Expanded Trade Regime, 7 *Widener Law Symposium Journal* (2001) 1. 'Many human rights violators routinely comply with international economic agreements and many prominent defenders of human rights, including the United States, have trouble adhering to and complying with some international agreements.'

equivaler. São objetos de direito que se impõem a todos sistemas jurídicos, pela lógica ou pela força ¹⁴³.

Universalismo e autodeterminação dos povos

Ocorre que, segundo a listagem dos direitos humanos, constante, por exemplo, da Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ¹⁴⁴, todos os povos têm o direito de autodeterminação, de forma a livremente determinar seu *status* político, e livremente buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Creio ser possível afirmar que, não obstante figurar em instrumento diverso da Declaração de 1948, o requisito da autodeterminação se aplica inclusive e principalmente na escolha dos princípios, *naturais* ou não, que devam pautar a sociedade ¹⁴⁵. Isso é, ao que entendo, um princípio que obriga a

143 Pode-se afirmar, como o fazem alguns autores, de que essa junção metonímica entre globalização econômica e direitos humanos lesa, e não subsidia, um ao outro. Vide, por exemplo, Hauke Brunkhors, *Rights and the Sovereignty of the People in the Crisis of the Nation State*, *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 1, March 2000, cujo sumário diz: “progress in globalising human rights and civil society is threatened by the uncontrolled expansion of capital and power”.

144 *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly, resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.*

145 Há claramente um problema quanto ao conceito de auto determinação dos povos, inclusive em face de outras soberanias dos “direitos humanos” individuais. O ponto central, neste caso, é o de qual povo se leva em conta a autodeterminação. Vide Karima Bennoune, em *European Journal of International Law* (2003), Vol. 14 No. 2, 387, que, em sua crítica a Alston, Philip (ed.). *Peoples' Rights: The State of the Art. Collected Courses of the Academy of European Law*. Oxford: Oxford University; McCorquodale, Robert (ed.). *Self Determination in International Law. The Library of Essays in International Law*. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, Ltd. 2000, diz: “For example, Crawford grapples with self determination's 'radical indeterminacy' reminding us that we cannot make sense of it unless we come to understand both who is the 'self' (if a group of persons, which

todas as sociedades, desde tenham, por aplicação desse mesmo princípio de autodeterminação, se obrigado a aplicá-lo universalmente, *mesmo às sociedades que não o adotem*.

Em outras palavras, não se encontra no complexo de normas internacionais, coativas ou não, um requisito de *reciprocidade*, segundo o qual somente se reconhecesse a autodeterminação dos povos que, anteriormente, houvessem assimilado incondicional e totalmente as listagens vigentes de direitos humanos. Que não se aplicassem os deveres de respeitar a autodeterminação dos demais povos, senão quando estes povos reconhecessem integral e cabalmente os direitos humanos.

Postula-se aqui que a imposição de tais padrões, em relação a sociedades ou grupos que não os escolheram como seus, pelos métodos de legitimação aceitos pela própria sociedade ou grupo, teria, em princípio, a natureza de opressão ¹⁴⁶.

Postula-se, igualmente, que a imposição de tais padrões, em relação a sociedades ou grupos que não as escolheram como seus, pelos métodos de legitimação aceitos pela *outra sociedade ou grupo cujos valores seriam tomados como padrão*, teria, certamente, especialmente para estas, a natureza de opressão.

group? if not, the state?) and what exactly that entity is to determine (reform? democracy? autonomy? secession?) and how (by referendum? by force?). (...) In Crawford's words: 'An ethnic group, a group with a historical continuity and a consciousness, a group evidently entitled to respect, asserts: 'we are a people.' it seems to be so. And all peoples have the right of self-determination. The conclusion is obvious. But what is to be done with it'. Yet, reminiscent of Alston, while he is somewhat skeptical about the concept overall, he suggests that much of its spirit should be maintained: 'despite the difficulties and uncertainties the continuing vitality and potential for expansion of the principle of self-determination, at least as a directive principle, should not be underestimated'. Como se verá, para Rawls, não se deve respeitar a autodeterminação dos povos que infrinjam direitos humanos.

146 Em especial no campo internacional. Vide Watson, James Shand. *Theory and Reality in the International Protection of Human Rights*. Ardsley, New York: Transnational Publishers, Inc. 1999, que rejeita tal possibilidade.

Assim, pareceria inevitável concluir que sociedades ou grupos que, podendo fazê-lo, deixaram de eleger como seus os valores “universais”, pelos métodos que tais valores consideram legitimadores, podem rejeitar como sendo opressão o intuito de universalizar. Este caso fugiria ao nosso interesse, neste estudo

147

O nosso ponto central é a rejeição dos valores universais segundo os métodos de legitimação próprios à sociedade que rejeita. Voltemos ao suicídio dos navajos.

Slaughtering injuns and the pursuit of happiness

Escolhi a memória do *pukka sahib* do Arizona mais como um recurso retórico, uma *amplificatio*, do que como exemplo epitemótico de nossa discussão. Há mais vítimas dos valores básicos de uma sociedade alheia dos que os suicidas navajos, e muito mais, acredito, da imposição de valores *universais*. Só

147 Mas ocorreu já na prática. Narra Michael Joseph Smith, Sovereignty, Human Rights and Legitimacy in the Post-Cold War World, in *Toward a New Partnership: International Norms in the U.S.-European Relationship since 1980*, Christine Inglebritsen and Sabrina P. Ramet, ed.. “(...) the legitimacy of state sovereignty—both as a commanding value and as the organizing principle of international relations—is being challenged by the cluster of values we associate with human rights. The February 2000 response of the European Union to Austria’s inclusion of a neo-fascist party in its government underlines this point. Citing human rights concerns, members of the EU essentially challenged the results of a standard election process within a sovereign state. For the purposes of this argument, the ultimate results of placing Austria on, as it were, diplomatic suspension, matter less than the fact that it happened at all. For here we have an instance of an international body taking action against one of its sovereign members because of the human rights implications of a domestic political process. Even if one may judge this to be an overreaction, or indeed inappropriate, the action shows that the claim of sovereign independence no longer automatically trumps other claims of values”. Ou seja, nem o exercício pleno da democracia em moldes ocidentais livraria uma sociedade da pecha de violadora de direitos humanos, antes mesmo de qualquer ato que o justificasse.

que em relação aos navajos, posso dizer, mais ou menos como em Y-juca-pirama, leitores, eu vi.

Logo depois de Flagstaff, afundei no deserto do Arizona, num carro empoeirado, e rodei horas até encontrar uma artífice de jóias, para que engendrasse um colar de turquesa sem aquele jeito de produto para *rednecks* ou turistas.

Velha, com roupa de casa, a artífice me fez esperar, longamente. Com o instinto de viajante, assediado pelo tempo, o vagar da índia me exasperava; tentei explicar que eu não era americano, que não era caso de me submeter à economia da oferta ou a uma retaliação navaja contra o opressor. A índia entendeu o que quis, e quis pouco. Era o tempo dela, tempo de velha, tempo de navaja nas suas terras tribais. Esperei.

Poderia dizer que aproveitei a espera para refletir sobre a experiência etnográfica, o que conta Levy-Strauss em *Tristes Tropiques*. O impacto ab-reativo que ejeta o estudioso de seu etnocentrismo e o expõe numa entrega total husserliana à alteridade de outra cultura. A verdade é que dormi. E só acordei, suado e sujo de barro vermelho, ao estudar, tardiamente, os universalismos de Rawls.

O colar saiu muito feio e matado, e foi rejeitado por quem eu queria dar. Reclamar com quem? Com Jean Jacques Rousseau, autor do mito da pureza do estado selvagem?

.....

Poucos dias depois, vi em Albuquerque, Novo México, nas proximidades da base militar onde houve a primeira explosão nuclear em 1945, uma imensa praça, sem árvores, muito em cimento, onde centenas de índios bêbados, deitados no chão,

sofriam o sol do meio dia, estatelados de álcool. Como se fossem vítimas da bomba de há 31 anos ¹⁴⁸.

A bomba, de verdade, é a incompatibilidade cultural de dois povos induzidos pela coação e pela história a repartir o mesmo mundo. *What's one man's poison is another's meat or drink*. O primado do melhor, a seleção dos mais aptos, a abundância de recursos, a ética weberiana do protestantismo, elementos centrais da visão americana, são corrosivos para vivência navajo ou sioux.

A totalização dos valores americanos, porém, se impõe. Para entrar no espaço circundante, além da redoma étnica da reserva navajo, o índio se submete aos valores dominantes. O americano que vai à reserva também se submete a requisitos de aculturação, se quiser se fazer entender por todos da tribo, ou garantir a eficácia de seus investimentos. Há uma equivalência lógica entre as duas situações. Mas o ajuste aos valores tribais, tático e tático, não parece levar 25% dos americanos ao suicídio. Há algo além da equivalência formal.

Os mais atentos ao título deste estudo terão agora objetado – ninguém ainda postulou que a competição e a prevalência do mais apto seja um modelo ético universal. Não ainda. Há ainda outros estados, além do Vaticano, onde um solidarismo, e não a competição, ainda é admitido como moralmente aceitável, e não mera pusilanimidade. Economistas ainda admitem que certas formas de solidariedade etnocêntrica ao estilo navajo como alternativa moderna e válida à ética da concorrência ¹⁴⁹.

148 Os episódios narrados podem ser lidos em longa matéria de Danusia Barbara no caderno B do Jornal do Brasil, de maio de 1976.

149 A ética da não concorrência também existe, por exemplo, a aplicação da doutrina de Confúcio à cooperação entre pequenos comerciantes chineses em toda Ásia; vide Janet Landa, *The Law and Bioeconomics of Ethnic Cooperation and Conflict in Plural Societies of Southeast Asia: A Theory of Chinese Merchant*

Les conventions tacites des ennemis du genre humain

Jean Jaques Rousseau, provavelmente inocente pelo artesanato de segunda dos navajos, teve, porém, sua responsabilidade na elaboração da *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 26 de agosto de 1789; dele resultam a noção de soberania nacional e de vontade geral, inclusos no ato parlamentar ¹⁵⁰:

Article 3 - Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément

Article 6 - La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit

Success, *Journal of Bioeconomics* 1:000-000; 1999: "Confucian code of ethics which emphasizes the importance of mutual aid/reciprocity among kinsmen, fellow-villagers and those speaking the same dialect, enabled the Chinese to cooperate among members of their own dialect group to form a club-like ethnically homogeneous middleman group (EHMG) for the provision of infrastructure, essential for middleman entrepreneurship. Chinese merchants embedded in the EHMG were able to economize on transaction costs, and this gives them a differential advantage to out-compete other ethnic groups to appropriate merchant roles. The EHMG functions also as a cultural transmission unit transmitting Confucian ethics to future generations of Chinese middlemen, hence maintaining Chinese merchant roles over time". Vide também a questão do "Valores Asiáticos" e da Declaração de Bangkok.

150 A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, incorpora a noção de "direitos humanos" à esfera internacional. A essa se acrescentam pelo menos International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights e a International Covenant on Civil and Political Rights, incluindo o Optional Protocol to the Covenant on Civil and Political Rights, de 16 de dezembro de 1966. Contam-se além disto cerca de mais 100 tratados multilaterais sobre o tema. Vide Sucharitkul S, 'A Multi-Dimensional Concept of Human Rights in International Law', (1987) 62 *Notre Dame L. Rev.* 305 at 308; Freeman M, 'Human Rights: Asia and the West', in: Tan JH (ed.), *Human Rights and International Reactions in the Asia-Pacific Region*, Cassell Publishers, London, 1995 at 17-19. Vide também "Rights of Man and of the Citizen, Declaration of the" *Encyclopædia Britannica* from *Encyclopædia Britannica Premium Service*.<http://www.britannica.com/eb/article?eu=65315>, [Accessed June 2, 2003].

qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ces yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Mas o ponto central de nossas indagações é a noção de *naturalidade* do direito do homem:

Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, *les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme*, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs (...)

Article 2 - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. (...)

Article 4 - La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

A raiz, aí, não mais sendo Rousseau, está na Enciclopédia e em John Locke. É no próprio artigo de Denis Diderot na Enciclopédia que se entende a *universalidade* desses direitos naturais:

Mais, me direz-vous, où est le dépôt de cette volonté générale ? Où pourrai-je la consulter ?

Dans les principes du droit écrit de toutes les nations policées; dans les actions sociales des peuples sauvages et barbares; dans les conventions tacites des ennemis du genre humain entre eux, et même dans l'indignation et le ressentiment, ces deux passions que la nature semble avoir placées jusque dans les animaux pour suppléer au défaut des lois sociales et de la vengeance publique.

(...) la soumission à la volonté générale est le lien de toutes les sociétés, sans en excepter celles qui sont formées par le crime.

Hélas ! la vertu est si belle, que les voleurs en respectent l'image dans le fond même de leurs cavernes !

quand on supposerait la notion des espèces dans un flux perpétuel, la nature du droit naturel ne changerait pas, puisqu'elle serait toujours relative à la volonté générale et au désir commun de l'espèce entière ;

Será possível, então, que esse universalismo seja empírico? Seja aquele deduzido, como *mínimo jurídico essencial*, mesmo dos povos bárbaros e selvagens? Parece não restar dúvida de que, para Diderot, a abstração racional do mínimo, o *mínimo universal*, não prescinde da empíria – esse mínimo que exclua mesmo as nações fundadas no crime, universal não é.

A Declaração contra os direitos do homem ocidental

Em 1993, irritados com o movimento internacional de direitos humanos, alguns países asiáticos fizeram publicar a Declaração de Bangkok ¹⁵¹, que considerava como base dos direitos do homem fatores diversos da Declaração da ONU sobre o tema:

Reaffirming the principles of respect for national sovereignty, territorial integrity and non-interference in the internal affairs of States,

Stressing the universality, objectivity and non-selectivity of all human rights and the need to avoid the application of double standards in the implementation of human rights and its politicization,

151 Vide Randall Peerenboom, Beyond Universalism and Relativism: The Evolving Debates about “Values in Asia”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=331340, visitado em 1/7/2003. Também, Seth R. Harris, Asian-Pacific Law & Policy Journal: Volume 1, Issue 2, June 2000; Katja Funken, Human Rights in Singapore – Transgressions of the Dominant Western Concept of Human Rights, Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://papers.ssrn.com/abstract=287595>, visitado em 1/7/2003.

Recognizing that the promotion of human rights should be encouraged by cooperation and consensus, and not through confrontation and the imposition of incompatible values,

Reiterating the interdependence and indivisibility of economic, social, cultural, civil and political rights, and the inherent interrelationship between development, democracy, universal enjoyment of all human rights, and social justice, which must be addressed in an integrated and balanced manner, (...)

Quando um documento internacional, formulado no estilo polissêmico e difuso do costume diplomático, faz referência à politização dos direitos humanos, dá ênfase ao respeito pela soberania, fala sobre a “imposição de valores incompatíveis”, e afirma que há um direito ao desenvolvimento, tudo num contexto de direitos humanos, de uma coisa pode-se estar certo.

Algo ocorreu na universalidade da proposta dos *droits de l’homme et du citoyen*, pelo qual alguma das nações, talvez aquelas *nações bárbaras* a que se referia Diderot, para as quais o direito ao desenvolvimento pareça equivalente à justiça social, faça apelo à cooperação e ao consenso, por oposição à força armada, como meio de afirmação dos valores elementares.

A proclamação é bastante clara no que considera ser o problema desse universalismo militante e armado:

(Adopts this Declaration to be known as "The Bangkok Declaration", which contains the aspirations and commitments of the Asian region:)

6. Reiterate that all countries, large and small, have the right to determine their political systems, control and freely utilize their resources, and freely pursue their economic, social and cultural development;

7. Stress the universality, objectivity and non-selectivity of all human rights and the need to avoid the application of double standards in the implementation of human rights and its politicization, and that non-violation of human rights can be justified;

8. Recognize that while human rights are universal in nature, they must be considered in the context of a dynamic and evolving process of international norm-setting, bearing in mind the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds;

Note-se que a contestação veemente ao imperialismo dos direitos humanos não se resume à Ásia; vários Estados do Caribe, na década de 90', denunciaram tratados na área de direitos humanos, pelo que certos autores denominam "superlegalização", ou normatização excessiva em matéria não adequadamente jurídica¹⁵².

Universal enquanto dure

Universal em sua natureza, mas levando em consideração um processo normativo internacional, ainda em evolução, e respeitando o significado das particularidades regionais e nacionais, e o substrato histórico, cultural e religioso. Curioso universalismo contingente e diacrônico.

Aos olhos de uma crítica do discurso, a formulação da Declaração de Bangkok tem a riqueza de contradições da retórica do convencimento. "Vamos aceitar, eis que topicamente inevitável, a idéia de *direitos humanos universais*; que, no entanto, não serão eles universais aqui e agora, mas um objetivo dependente do desenvolvimento eqüitativo".

E, diz a Declaração,

18. Recognize that the main obstacle to the realization of the right to development lie[s] at the international macroeconomic level, as reflected in the widening gap between the North and the South, the rich and the poor;

152 Laurence R. Helfer, *Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes*, Columbia Law Review, Vol. 102, November 2002

Não deixa de ter uma certa lógica a proposta de que o direito de atingir a igualdade econômica e social seja pelo menos comparável aos direitos elementares de que trata a Declaração de 1789. No contexto, porém, o tema é usado como um *topos* perante o discurso rawlsiano dos direitos humanos impostos por *intervenção coercitiva*. Para exigir o que, segundo o entendimento do Ocidente, faltaria aos países asiáticos, pareceria razoável contrapor a exigência destes, de compartilhar das benesses do desenvolvimento. Na expressão sintética do direito romano, *do ut des*.

Esse argumento tem a força especialmente significativa de suscitar, quanto aos Estados e comunidades fora do círculo encantado do desenvolvimento, a mesma igualdade e respeito à sua dignidade cultural e política ¹⁵³.

Não seria por acaso que se reconheça como legitimado direto à prestação jurisdicional em matéria de direitos humanos a pessoa natural, em face de seu Estado ou comunidade, não se tendo de outro lado criado ou perseguido meios de resistência dessas comunidades ou Estados à conformidade com padrões que não são seus ¹⁵⁴.

153 Deixamos por enquanto à parte o importantíssimo aspecto do direito ao desenvolvimento, constante do preâmbulo, do art. 3º, II, do art. 174, falando da intervenção do Estado, e outras muitas passagens da nossa Constituição, inclusive o importante e mal falado art. 219: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

154 O princípio de justiça distributiva (*sui cuique tribuere*), reconhecido como próprio às sociedades em face a seus membros, seria extensivo às relações entre as sociedades? Não é o que entende Rawls in *The Law of Peoples*: não têm as sociedades um direito à justiça distributiva, como teriam, no interior delas, seus membros; mas as sociedades liberais ou decentes têm um dever, limitado sem dúvida, de assistência às menos favorecidas. Adeus, assim, ao direito ao desenvolvimento.

Teje livre

A Declaração é, reconheça-se, um documento político.

Numa postura extremamente utilitarista, não falta mesmo quem suscite a sua irrelevância a partir do momento em que os signatários, depois de um fluxo contínuo de desenvolvimento econômico, encontraram limites na crise financeira da segunda metade dos anos 90¹⁵⁵. Não seria pelo peso intrínseco de sua argumentação, mas pelo sucesso da fórmula alternativa asiática, que a Declaração teria merecido sua *auctoritas*. Uma crítica ao universalismo só seria aceitável se o singularismo dos que criticam tivesse sucesso no mercado¹⁵⁶.

O enfrentamento *político* do universalismo por parte dos países asiáticos passa, em regra, pela discussão de duas questões:

a) que as Declarações de Direitos do Homem concentram sua tutela no indivíduo, enquanto que outros grupos tomam como objeto primário da tutela de interesses a comunidade¹⁵⁷;

155 A afirmação da doutrina liberal, aliás, é igualmente feita sob a ótica do sucesso: “This almost complete triumph of... notions of democracy (in Latin America, Africa, Eastern Europe, and to a lesser extent Asia) may well prove to be the most profound event of the twentieth century, and will in all likelihood create the fulcrum on which future development of global society will turn. It is the unanswerable response to claims that free, open, multiparty, electoral parliamentary democracy is neither desired nor desirable outside a small enclave of Western industrial states’ T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (1995), (p.88).

156 Randall Peereboom, *Beyond Universalism and Relativism*, op. cit. “As the scope of the financial crisis became apparent, many opponents of Asian values rushed to their corners claiming victory for universalism and blaming the crisis on Asian values. However, as Asian economies struggled to their feet and fought their way back to prosperity, advocates of Asian values raised themselves off the mat and mounted a counterattack. Some questioned to what extent Asian values were a cause of the crisis”.

157 Narra Funjen, op. cit.: “The Asian view of human rights in Singapore was first championed by former Prime Minister Lee Kuan Yew. He explained Singapore’s deviation from the Western view as springing from Singapore’s traditional Asian values system, which placed the interest of the community over and above that of

b) a que restrições a direitos *individuais* são justificáveis na proporção em que são servidos os interesses do desenvolvimento da comunidade¹⁵⁸.

Vale enfatizar o peso filosófico e antropológico da primeira ponderação. Com efeito, a idéia de *direitos individuais* é etnocentrada¹⁵⁹ e característica de uma cultura ocidental historicamente determinada¹⁶⁰, de raízes judaico-cristãs e

the individual. (...)Against this background, one should consider the view expressed in a statement by Lee Kuan Yew: "[...] but as a total system [he is referring to the American System], I find parts of it totally unacceptable: guns, drugs, violent crime, vagrancy, unbecoming behaviour in public - in sum, the total breakdown of civil society. The expansion of the rights of the individual to behave or misbehave as he pleases has come at the expense of orderly society. In the East the main object is to have a well ordered society so that everyone can have maximum enjoyment of his freedoms."

158 Funje, op. cit: "This theory states that in order to maximise economic success some rights and freedoms must be curtailed. Lee Kuan Yew has frequently pointed to Singapore's enormous economic growth since independence in order to sustain his theory. This economic success, Lee argues, has only been possible because the authoritarian rule of the government ensured the necessary discipline to achieve that growth. The idea of a necessary trade-off between human rights and economic prosperity has gained considerable support in Singapore.

159 "Ethnocentrism is often linked to a sociological theory called "cultural relativism", which means that: cultural relativists assert that concepts are socially constructed and vary cross-culturally. These concepts may include such fundamental notions as what is considered true, morally correct, and what constitutes knowledge or even reality itself.... This has major implications for the study of non-Western societies. If importing a Western rationalist approach is ethnocentric, then we must understand cultural patterns in their own terms, adopting an insider's view of the culture. Ethnography thus becomes a process of uncovering the meanings by which people construct reality and translating this knowledge into the discourse of the fieldworker's own society. (Concise Oxford Dictionary of Sociology)

160 Marcel Mauss, 1995, "Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne, celle de "Moi"", Sociologie et anthropologie, Vendôme, PUF, Col. Quadrige, p 333-362, "Il ne s'agit de rien de moins que de vous expliquer comment une des catégories de l'esprit humain - une de ces idées que nous croyons innées, - est bien lentement née et grandie au cours de longs siècles et à travers de nombreuses vicissitudes... C'est l'idée de "personne", l'idée du "moi". Tout le monde la trouve naturelle, précise au fond de sa conscience, tout équipée au fond de la morale qui s'en déduit. Il s'agit de substituer à cette naïve vue de son histoire, et de son actuelle

especialmente calvinistas ¹⁶¹. Assim, a própria tese de direitos de um indivíduo, postulável inclusive na esfera internacional, é parcial e não universal.

Quanto às modalidades de direitos humanos, os países asiáticos recusam a aplicabilidade genérica da Declaração de 1948 quanto, pelo menos, os seguintes itens:

Rights for oppressed groups such as the elderly, the disabled, peasants and working-class groups, indigenous peoples and minorities, prisoners, individuals suffering from HIV/AIDS, as well as the right to democratic government constitute rights not traditionally recognized by most Asian governments. Asian states view this expansion of human rights as a threat to state self-interest and sovereignty. ¹⁶².

A questão do que seriam “povos indígenas” na diversidade própria da Ásia (expressão de resto sem definição jurídica no contexto), seria um ponto especialmente difícil de enfrentar ¹⁶³.

valeur une vue plus précise.” Ao que acresce Gregorio Peces-Barba Martinez, em *La Universalidad de los Derechos Humanos*, Doxa, nº15-16, 1994, 00. 613-633: “Foucault, después de la segunda guerra mundial, llevará su relativismo hasta relativizar la propia idea de hombre, y le considera «... como una invención reciente, una figura que no tiene ni dos siglos, un simple pliegue en nuestro saber y que desaparecerá en cuanto éste encuentre una nueva forma»”. Althusser le seguirá sosteniendo la irrelevancia del concepto de humano o de humanidad, que está en la raíz de la universalidad de los derechos. «El hombre es un mito de la ideología burguesa. La palabra hombre es sólo una palabra. El lugar que ocupa y la función que ejerce en la ideología y la filosofía burguesa le confieren su sentido... En esta línea, Levy Strauss acusará a la humanidad de instalarse en la monocultura y afirma tajantemente que «... ninguna fracción de la humanidad dispone de fórmulas aplicables al conjunto y que una humanidad confundida en un género de vida tímico es inconcebible porque sería una humanidad cosificada...»”.

161 Christoph Eberhard, *Droits de l’homme et Dialogue Interculturel. Vers Un Désarmement Culturel Pour Un Droit De Paix*, Tese de Doutorado na Universidade de Paris I.

162 Seth. R. Harris, op. Cit.

163 Benedict Kingsbury, *Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach To the Asian Controversy*, 92 A.J.I.L. 414, 417 (1998). Russel Lawrence Barsh, *Indigenous Peoples: An Emerging Object of international Law*, 80 A.J.I.L.

A outra questão crucial da posição asiática seria o papel da soberania nacional em face dos direitos humanos. A China continental, a Indonésia e Singapura discutem o mesmo tema de três pontos de vista diversos, e significativos em sua diversidade. Para a China,¹⁶⁴ no que poderia evocar a ordem léxica entre os direitos humanos a que se refere Rawls¹⁶⁵, os direitos à estabilidade, segurança e sobrevivência precederiam todos demais. Em defesa desses valores, a soberania seria um *prius* em face de qualquer direito humano.

A posição da Indonésia também sugere uma outra ordem léxica: a prevalência dos direitos *econômicos* da *sociedade* sobre todos demais, inclusive dos indivíduos e dos grupos menos favorecidos, e o respeito à diversidade cultural¹⁶⁶. Já Singapura, como, aliás, já se notou acima, em citação de Funjen, simplesmente alega o sucesso de sua fórmula

369, 374 (1986) S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*. New York, Oxford: Oxford University Press, 1996. Pp. xi, 253.

164 Seth R. Harris, *op. cit.* : “First, China argues that social stability is a state’s pre-eminent concern and that states have differing levels of social stability. Therefore, no standard for human rights can be generically applied to all states. Accordingly, if a state lacks the economic and social structure to create internal stability through a strong system of order, it cannot grant rights that would conflict with the more basic right of survival and safety. Thus, a state must place its sovereignty before any lesser rights that benefit individuals to the detriment of social stability.”

165 *Theory of Justice*, by John Rawls, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971 , “The principles of justice are to be ranked in lexical order and therefore liberty can be restricted only for the sake of liberty.”

166 Seth R. Harris, *op. cit.* : “Indonesia, on the other hand, nominally concurs with the concept of universality of human rights but prioritizes the economic rights of society over the rights of individuals and disenfranchised groups. Instead of predicating its actions on the need for internal stability, Indonesia points to the fact that, “the wide diversity in history, culture, value systems, geography [,] and phases of developments among nations of the world calls for greater recognition of the immense complexity of the issues of human rights.” Like other developing countries, Indonesia espouses balancing the rights of the individual and the individual’s responsibility to society.” O tema da diversidade cultural, sob o foco de Timor, pareceria desmerecer a posição da Indonésia.

econômica e social, e aponta a decadência de um Ocidente drogado, violento e criminoso como uma falácia dos direitos humanos.¹⁶⁷

Não menos divergente, mas com mais sutileza, é a posição japonesa em face dos direitos humanos¹⁶⁸. Com uma Carta de Direitos imposta à força pelo ocupante militar, o Japão tomou os direitos fundamentais como um dado não natural, mas imposto. Vale lembrar, de outro lado, a proposta japonesa para adoção pela Liga das Nações, em 1919, do princípio universal da não-discriminação racial, que foi vetada pelo Reino Unido e pelos Estados Unidos.

Também a sensibilidade indiana rejeita o universalismo dos direitos humanos:

167 Seth R. Harris, op. cit : “A third example, Singapore, expressly rejects the recognition of more human rights without offering any excuses. Singapore, a country with far more economic success over the last twenty years than China or Indonesia, lacks an economic excuse for its failure to ensure more human rights and justifies its action by its own success. Because Singapore succeeded in creating what it views as a clean, healthy, and successful society for its citizens without providing some Western rights, it sees nothing wrong with continuing without these rights. Singapore also considers the law on many of the rights in the UDHR and its successor documents to be ambiguous, general principles that each state must interpret for its own best use.”

168 Philip Alston, *Transplanting Foreign Norms: Human Rights and Other International Legal Norms in Japan, 1990-2003* *European Journal of International Law*, vol. 10, p. 625. “Because of Japan's reluctance to engage in human rights discourse generally, its preference for consensual settlement of such disputes, and the relatively low profile assumed by the legal system as a whole, it might reasonably be assumed that international human rights law would be of very little relevance within Japan. This assumption is reinforced by the assessment of various commentators. For example, in his contribution to a recent volume of essays in honour of Barrington Moore Jr., Tony Smith has suggested that ‘contemporary commentators worry ceaselessly about Japan's relationship to the international economic order’. He observed that Japan often ‘does not play by the rules’ and went on to link this to far broader concerns: ‘Given the nationalism of the country's conservative leaders (complete with racist pronouncements and unconvincing apologies for past aggressions) it is understandable that so many observers express their scepticism both as to Japan's future and to that of liberalism in the Pacific’.

« R. PANIKKAR, étudiant les sociétés indiennes, retient plusieurs arguments sur lesquels la vision indienne insisterait. Nous en retiendrons trois. En premier lieu, " les droits de l'homme ne sont pas seulement des droits de l'homme individuels ", ce qui correspond à une prise de conscience se faisant jour dans notre tradition. Deuxièmement " les droits de l'homme ne sont pas des droits de *l'homme* seulement. Ils concernent également la totalité du déploiement cosmique de l'univers, dont même les Dieux ne sont pas absents. Les animaux, tous les êtres dotés d'une sensibilité et les créatures supposées inanimées, sont aussi impliquées dans l'interaction qui concerne les droits " de l'homme ". L'homme et son environnement sont donc interdépendants, ce qui tend finalement à faire établir " notre " droit à l'environnement, composante des droits de solidarité. Troisièmement, " les droits de l'homme ne sont pas seulement des droits. Ils sont aussi des devoirs et les deux aspects sont interdépendants ", ce qui rejoint l'évolution qui se fait jour dans nos sociétés occidentales et que l'Afrique, conformément à sa tradition qui accorde une large place aux devoirs, avait déjà intégrée dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. »¹⁶⁹

A questão em análise neste tópico, porém, não é o que o Japão, ou a Indonésia, pensa a respeito de direitos humanos. O ponto essencial é que há sociedades, de considerável desenvolvimento econômico, social e cultural, em que o universalismo dos direitos humanos tais como enunciados substantivamente da Declaração Universal é questionada ¹⁷⁰.

169 Boris Martin, Les Droits Culturels Comme Mode d'interprétation et de Mise en Oeuvre des Droits de L'Homme, Mémoire de troisième cycle de Sciences Juridiques, Université Pantheon-Sorbonne Paris I.

170 No entanto, há também ceticismo de alguns autores quanto às motivações da recusa asiática aos direitos humanos: "Objections to the applicability of international human rights standards have all too frequently been voiced by authoritarian rulers and power elites to rationalize their violations of human rights—violations that serve primarily, if not solely, to sustain them in power. Just as the Devil can quote scripture for his purpose, Third World communitarianism can be the slogan of a deracinated tyrant trained, as in the case of Pol Pot, at the Sorbonne. The authentic voices of the Third World know how to cry out in pain. It is time to heed them"

A resistência não é só ao conteúdo de tais direitos, mas, talvez, principalmente, à origem da imposição ¹⁷¹:

This train of thought has been pursued recently by the Italian political philosopher Danilo Zolo. His attack is two-pronged. First, he asserts the incompatibility of the values expressed in human rights norms with ‘the dominant ethos in countries like... China, Pakistan, Saudi Arabia, the Sudan or Nigeria’. Second, he insists that the lack of objective foundations for such norms renders their invocation ‘a perfect continuation of the missionary, colonizing tradition of the Western powers’. As he puts it:

The universal character of ‘human rights’ is therefore a rationalistic postulate not only without substantiation in the theoretical sphere but also historically contested by cultures different from western culture... [T]he risk is thus very great that the cosmopolitan project implicit in the western doctrine and policy of human rights is in actual fact operating as – and is perceived as – an aspect of that process of the ‘westernization of the world’ which is currently overrunning the technologically and economically weaker cultures, depriving them of their identity and dignity ¹⁷².

Tomando isso em consideração, parece razoável entender que a noção de direitos humanos não decorre, sempre e suavemente, da natureza das coisas; tem-se, em face de um número de países, que a implantação de tais direitos se fará ou de forma consensual, ou por força bruta. Impor direitos humanos à base da força bruta é uma tradição jurídica ocidental de longa data ¹⁷³.

Shashi Tharoor, Are Human Rights Universal?, *World Policy Journal*, volume XVI, No 4, Inverno 1999/2000.

171 John Tasioula, International Law and the Limits of Fairness, *European Journal of International Law* 13 (2002), pp.993-1023.

172 [Nota do original] All preceding quotations from D. Zolo, *Cosmopolis: Prospects for World Government* (1997), 118-119.

173 Philip Alston, op. cit. “The Meiji Constitution of 1889 was far from being a rights-based document and did not provide for judicial review. The strongest foreign influences affecting its contents were German and British, with the American approach being relatively unimportant, at least in formal terms. The 1946 Japanese

O universalismo como programa e a universalidade como fato

Declarar ou impor? A postura de Diderot era a indutiva – encontrar o universal *a posteriori*, antecipando a reflexão de Levy Strauss, “tout ce qui est universel chez l'homme relève de l'ordre de la nature et se caractérise par la spontanéité ». Mas os direitos humanos tomados como padrão impositivo não são frutos de indução, e sim de aplicação de parâmetros previamente estabelecidos.

Estabelecidos por quem?

Por Deus, pela natureza humana, pelo resplendor da lógica, pela natureza das coisas, pela deliberação de um corpo de negociadores sem qualquer visão de seu próprio futuro (como sugere Rawls). No campo interno, e transladado em Direitos Fundamentais, por uma Constituinte democrática. No campo internacional, à falta de uma *hard law* realmente coativa, por uma deliberação coletiva entre Estados, certos deles, num

Constitution is a very different story, however. Contrary to initial American attempts to portray the outcome as the result of a lengthy process of consultation between Japanese leaders and General MacArthur and his colleagues, the Constitution, which includes an elaborate bill of rights in the form of Chapter III on 'Rights and Duties of the People', was essentially a foreign imposition reflecting minimal local input. It was initially drafted in the space of only seven days in February 1946 by a handful of American officials (in the Government Section of the headquarters of the Supreme Commander for the Allied Powers), who had no particularly relevant legal or political expertise, and drew very heavily upon the US Constitution. Não se imagine que esse foi um fato isolado na história: Vide o New York Times, de 7 de maio de 2003: “American Will Advise Iraqis on Writing New Constitution - By Jennifer Lee , Washington, May 7 - As the news of Iraq's new constitutional adviser trickled out, some specialists in Islamic studies were scratching their heads. E-mail queries bounced back and forth. Who is Noah Feldman? Had anyone heard of him? Legal experts were also somewhat taken aback. Professor Feldman is widely considered a promising constitutional law scholar, but by no means an established one. On its face, it is surprising that the Office for Reconstruction and Humanitarian Assistance set up for Iraq would put a 32-year-old assistant law professor in the critical role of advising the Iraqis in writing their Constitution. Professor Feldman grew up in Boston an Orthodox Jew.”

momento histórico específico. Aceitando estes pressupostos, parece que a noção de que existam certos direitos humanos é *universalmente aceitável*¹⁷⁴ ou quase isso.

Mas quais direitos seriam *universais*?¹⁷⁵

Já se viu que não todos. Estabeleçamos a hipótese de que há certos direitos presentes na totalidade dos corpos sociais¹⁷⁶. Quanto a estes, se é que existem, fica claro o padrão de conformidade e desvio. Se sincrônica *ou* diacronicamente, certos direitos estão presentes em toda parte, parece razoável entender que o momentâneo desvio de tal parâmetro pode ser universalmente recusável.

Tal busca pela universal não pode perder de vista que, por ingenuidade¹⁷⁷ ou, como temo, perversamente, afirmando a

174 Na segunda Conferência da Nações Unidas sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em julho de 1993, 171 Estados adotaram o entendimento de que “[w]hile the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.”

175 Aparentemente tudo, como visto, pode receber o estatuto de direitos humanos. Robert W. Mcgee, Dwarf Tossing Bans Violate Human Rights, Dumont Institute Policy Analysis Paper No. 2 propõe a curiosa tese de que a proibição do esporte de lançar anões a distância, como leis estaduais e locais americanas vêm fazendo, violariam os direitos humanos dos anões usarem seus corpos do jeito que melhor lhes aprouver.

176 Essa pode ser simplesmente uma hipótese de trabalho. Ángel R. Oquendo, The Defense of National Culture in the Post-National State (manuscrito) «It is misleading to assume that there is a basic subset of rights embraced by both liberalism and the proposed progressive state. In fact, there is a profound disagreement on the role of the government and the prerogatives of individuals. A progressive state will have to offer an alternative and, yet, persuasive conception of personal freedoms and the reach of legitimate governmental action.”

177 Quanto à conferência, vale lembrar o pronunciamento do Secretário Geral da ONU, naquele momento, como narra Boris Martin, op. cit: « Lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme qui s'est tenue à Vienne en juin 1993, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies (ONU), le Secrétaire Général de cette

unidade do homem, a perseguição dos direitos humanos risca em supor-lhe a *uniformidade*¹⁷⁸. Uniformidade, aliás, nem possível em Direito, nem em ética¹⁷⁹.

A terceira margem do rio

Na canoa, longe da margem, dois índios, o sertanista e meu pai. O Villasboas, useiro em aproximações e nem por isso menos tenso, estava em pé, mal equilibrado, só para ficar bem claro que era inofensivo e franco.

Se meu pai tivesse um mínimo de juízo, não estaria naquele igarapé sem nome conhecido, num pedaço do Brasil em que branco nenhum entrara, ou pelo menos, de que nenhum saíra.

organisation se faisait l'écho de cette préoccupation : " Si les droits de l'homme constituent un objectif commun à l'ensemble des membres de la société internationale, si chacun se reconnaît dans cette question, chaque culture a sa façon particulière de la formuler. [...] En effet, les droits de l'homme, pensés à l'échelle universelle, nous confrontent à la dialectique la plus exigeante qui soit : la dialectique de l'identité et de l'altérité, du " moi " et de " l'autre " ". B. BOUTROSGHALI prévenait aussi du " danger d'une naïveté qui voudrait voir dans les droits de l'homme l'expression de valeurs universellement partagées vers lesquelles tendraient naturellement tous les membres de la Communauté internationale ".

178 Norbert Rouland, *L'anthropologie juridique*, P.U.F, Paris, 2ème éd., 1995, Coll. Que sais-je ?, 126 p, « Le monde n'est certes pas un " village global " mais plutôt un archipel planétaire, dont l'unité doit se faire non par l'uniformité mais dans la gestion de l'hétérogénéité »

179 Angel Ricardo Oquendo Villar, *Convergence and Divergence in Ethics*, tese de doutorado em filosofia, Harvard, 1995. "An ethical theory could, on the one hand, strive for a universal account that holds true in any cultural or historical context. In this sense, when a contractualist says: "An act as wrong if ...", she means that acts of that general nature are wrong, no matter who perpetrates them. Here universalism contrasts with relativism, which stands for the position that the nature of the concept of wrongness varies from context to context. An ethical theory could, on the other hand, produce a uniform account--i.e., an account that takes the same content in all societies. In this stronger sense, the contractualist account would single out the same acts as wrong in all historical or cultural circumstances. If a specific practice is wrong in one society, it is equally wrong in all societies. Such a stance would exclude the possibility of cultural diversity in matters of ethics".

O primeiro contato com uma tribo isolada e intacta é sensibilíssimo, nesse tipo de festa teve gente que já sumiu sem deixar nem sombra. Para tempo de férias, era o mais lídimo programa de índio.

O Villasboas já está parado no meio do rio faz tempo, olhando a massa escura do povo índio na margem. Muita gente. As mulheres bem longe, criançada no mato, só homem em idade de briga na praia, esperando o que ia acontecer. Borduna, flecha, pedra, todos quietos e armados. Silêncio total, que nem os índios da canoa, nem Villasboas, muito menos meu pai, sabiam nada do idioma remoto e obscuro da tribo nova.

Pois é então que o Villasboas começa a berrar: “mãmaa... mãmaa... mãmaa”. No silêncio geral, não podia haver coisa mais inusitada. Mas lá pelo décimo berro, alguém responde igual da margem, tímido. E o balido de um lado e de outro vai continuando, enquanto a canoa se aproxima lentissimamente da margem. Villasboas sempre em pé, exposto e completamente indefeso.

Quem explicou tudo sobre os berros foi o amigo comum dele, e do sertanista: o também médico Noel Nutels, autor das férias anuais do meu pai no Xingu. Villasboas aprendera que em todas as línguas da terra existe pelo menos uma palavra comum: o grito primal pela mãe, sempre como o primeiro som articulado, pelo labial “m” e a consoante básica. A palavra universal, básica, que todas as tribos conhecidas e a se conhecer dividem, para revelar que, uns na margem, outros no meio do rio, somos todos homens do mesmo jeito.

Universais lingüísticos...¹⁸⁰.Estaria Villasboas certo, ou sua manifestação tântrica seria meramente um encantamento que, afortunadamente, vinha dando certo?

Universais lingüísticos e antropológicos

A lingüística, desde Jakobson, vem explorando a noção de que há elementos fonológicos, sintáticos, semânticos e pragmáticos, que aparecem uniformemente, como *universais* entre as línguas humanas. Apesar da arbitrariedade que predomina entre os idiomas, haveria assim constantes, reiteraões, e mesmo universalidades.

Cabe aqui voltar à inspiração do originador da discussão presente quanto aos universais lingüísticos, e à proposta de uma gramática generativa, não prescritiva, capaz de abranger as hipóteses possíveis de sistemas sintáticos:

“A theory of substantive universals claims that items of a particular kind to any language must be drawn from a fixed class of items.... A theory of substantive semantic universals might hold for example, that certain designative functions must be carried out to a specified way in each language. Thus it might assert that each language will contain terms that designate persons or lexical items referring to certain specific kinds of objects, feeling, behavior, and so on.

It is also [possible, however, to](#) search for universal properties of a more abstract sort. Consider a claim that the grammar of every language meets certain specified formal conditions. The truth of this hypothesis would not in itself imply that any particular rule must appear in all or even in any two grammars. The property of having a grammar meeting a certain abstract

180 Linguistic Universals and Universal Grammar - A child's linguistic system is shaped to a significant degree by the utterances to which that child has been exposed. That is why a child speaks the language and dialect of his family and community. Nonetheless, there are aspects of the linguistic system acquired by the child that do not depend on input data in this way. Some cases of this type, it has been argued, reflect the influence of a genetically prespecified body of knowledge about human language.(...) <http://cognet.mit.edu/MITECS/Entry/pesetsky> , visitado em 12/7/03.

condition might be called a formal linguistic universal, if shown to be a general property of natural languages”¹⁸¹.

Assim, há não um universal lingüístico, mas universais, substantivos e formais, com raízes diversas.

Margaret Magnus, em sua recente tese de doutorado apresentada na Universidade de Trondheim¹⁸² distingue os universais lingüísticos entre aqueles que são inatos, e não dependem de aprendizado; daqueles *impostos pela natureza uniforme do mundo*, e daquelas hipóteses em que a universalidade resulta de dispersão – por exemplo, a derivação hipotética de todas línguas a partir de uma única origem.

A pesquisadora, que fez sua formação no MIT, complementa assim a posição daquela instituição expressa, por exemplo, na nota de pé de página anterior, em que o *software*, ou seja, a linguagem, é predeterminado em certos segmentos pelo *hardware*, o dado genético. Uma posição que justificaria plenamente a observação do sertanista.

181 Noam Chomsky. Aspects of the theory of syntax. MIT Press; (March 15, 1969) texto sobre a nota 16, p. 28-29.

182 “1. First, are universals which are innate, and which need not be learned. (...) One candidate for universals of this type is iconism... the intuitive synesthetic sense for what a particular form means. Others might include a capacity to refer, to classify, to form propositions or perhaps more generally to qualify. All the universals I would propose for this class are semantic in nature. 2. Second, there are universals imposed from outside by the nature of the world. We are born with an instinct for some general capacity, but the conditions of life fill in the specifics, and to the extent that the conditions are common to all people, the relevant linguistic structures will be universal. I would propose as a candidate for this type of universal that of semantic classes, particularly concrete noun classes. (...) 3. Finally there are universals which are so as a result of dispersion. These universals are not inborn, nor are they imposed by the nature of the world we inhabit. They just happen to be similar across languages, because the languages are related. If there are such universals, then it can, of course, only be because all languages have only one origin.(...)” em <http://www.conknet.com/~mmagnus/Universals.html>, visitado em 12/7/03.

Na visão de Magnus, além desses universais, resultantes do dado pré-cultural, inato, haveria dados lingüísticos constantes em todos os sistemas, que pressuporiam a presença de *significados* ocorrentes em toda parte, somente alcançáveis através de relações de significação comparáveis. Além disso – e isso pressuporia um tipo qualquer de língua raiz – o universal poderia resultar da dispersão de um só modelo, conservado nos seus pontos pertinentes em todos os sistemas lingüísticos considerados.

Trazendo tais hipóteses para o campo do Direito resulta em efeitos fascinantes. Um direito que resultaria diretamente do dado natural num sentido de *hardware*, genético? Um Direito que reagisse a dados externos *impostos pela natureza uniforme do mundo*? Por fim, uma uniformidade resultante de dispersão natural, não coativa, não opressiva?

De outro lado, a idéia de universais tem sido também largamente explorada em antropologia, com distinções relevantes também para nosso objeto de estudo:

“Anthropologists use the term universal in a variety of different contexts. Some universals exist at the level of the individual, or at least in every individual of a certain sex or age range: examples are certain emotions and facial expressions.”

A second kind of universal exists at the level of society (generally defined as the manner in which individuals or groups relate to and among each other): an example is the sexual division of labor.

A third kind of universal exists at the level of culture (a term which refers to conventional patterns of thought, activity and artifact that are passed from generation to generation); examples of this kind of universal are tools and kinship terminologies.”

In addition, distinctions are often drawn between "substantive" and "formal" universals"; and "conditional" and "unconditional" universals." Finally, we might distinguish between those practices or ideas that are universal merely in the sense that they occur at

some time in every culture, and those practices or ideas that occur (comprehensively) in every relevant case in every culture¹⁸³.

Essa distinção também evoca pelo menos parte dos fundamentos indicados por Magnus para os universais lingüísticos: aqui os universais resultariam de condicionantes físicos, ou de “*hardware*”, do resultado de difusão, ou do que alguns indicariam como o efeito da evolução¹⁸⁴.

A análise do tema em lingüística e antropologia é relevante, por – possivelmente - indicar também as hipóteses de universalidade num outro sistema arbitrário, como é o Direito. Parece-me claro que o Direito é também um sistema de significação, a par de sua prescritividade externa. Tive oportunidade de dizê-lo anteriormente:

“A opção, que se impõe, é de, à imitação das demais ciências, tentar moldar entre a bruma das reconceptualizações a figura real –

183 Stuart P. Green em *The Universal Grammar of Criminal Law*, Michigan Law Review, 2000

184 Stephen Green, op. cit.: Assuming that such concepts, distinctions, procedures, institutions, and prohibitions are in fact universal, the next question we would need to ask is: How did they get that way? Among the possible kinds of explanations that might be offered are the following: (1) Diffusionist Explanation: Some cultural practices, such as cooking and the use of fire seem to have been invented in some small number of societies and then spread widely throughout the world in a process known as "diffusion." To develop a diffusionist theory of criminal law, we would need to compile evidence that various criminal law concepts (such as, say, accomplice liability or the principle of legality) developed to a similar manner. (2) Physical Explanation: Some aspects of culture are thought to be a response to certain physical characteristics in humans. For example, various kinship roles seem to be a response to the physical requirements of sexual reproduction. Under a physical theory of criminal law, concepts such as rape and murder might be viewed as a response to conflicting human tendencies towards, say, violence (on the one hand) and the desire for physical safety (on the other!). (3) Evolutionary Explanation: Many forms of human behavior are believed to be the product of evolved human characteristics - the result of natural selection, the process by which better adapted organisms outbreed those that are less well adapted. Under an evolutionary theory, certain aspects of criminal law (again, the prohibitions on rape and murder provide a good example) would be viewed as analogous forms of adaptation.

e inconsciente – do objeto do Direito. O auxílio da Lingüística e da Antropologia Estrutural é indispensável neste estágio de pesquisa, embora se tendo em conta que, se a pretensa arbitrariedade vigente entre significante e significado foi superada como um artifício metodológico, válido no estágio em que Saussure deixou a Lingüística, a questão para o Direito estará ainda – e por muito tempo – em suspenso. De certa forma, o real objeto do Direito é o arbitrário”.

O Sistema das condutas consideradas como significantes, como um todo, é apostado a um sistema de significados, ou seja, de condutas que o Direito articula àquelas: à ação considerada como crime o Direito faz corresponder uma ação considerada como pena. Posto como sistema semiológico, ao significante (ação) é articulado um significado (ação-pena). O paralelo é tanto mais evidente quando se percebe que uma lei não é outra coisa se não dicionário, um repositório de mensagens emitidas e recebidas; e, claramente, um contrato não se diferencia de uma lei em um caráter semiológico: ambos são códigos onde não-prestação e sanção são articulados.

Entre a cadeia de significantes e a de significados repousa uma estrutura oblíqua que vem a ser o sistema de relações de significação. As relações não se dão termo a termo, mas entre sistemas complexos, o que explica a aparente arbitrariedade entre uma ação e uma sanção, evidenciada além das reconceptualizações que a legitimam num dado complexo ideológico. Aí, neste conjunto estruturado, se acha o objeto da Ciência Jurídica”¹⁸⁵.

Note-se, no entanto, que tal comparação, por mais heurística que pareça, não nos livra do cuidado com o impulso opressivo da universalidade. Mesmo porque, e talvez especialmente, a língua é sujeita à opressão dos universalismos:

“É que as línguas não são simples códigos mas configuram o poder ou os jogos de poder, sendo imprescindível não perder de vista essa dimensão. Aquilo que se verifica hoje é um desaparecimento vertiginoso de línguas ao nível planetário, dada a imposição de uma única língua como língua de poder, um monolinguismo que tende a converter-se num monologismo. A babelização não é pois,

185 Objeto da Ciência Jurídica (Revista Vozes, 1975).

à luz dos nossos dias, já um castigo a que a ânsia de poder votou os homens mas antes um paraíso quase perdido devido ao exercício de um poder cada vez mais monológico. A dimensão abrangente e de completude que enforma essa noção de língua perfeita só pode existir na multiplicidade das línguas naturais porque, na sua pluralidade, cada qual mantém a sua singularidade, um resto indizível.”¹⁸⁶

Um trabalho de minúcia e paciência

O empréstimo de aspectos metodológicos da lingüística têm sido tentado para determinação de objetos jurídicos; um exemplo interessante é a proposta de George Fletcher de uma *Gramática Universal do Direito Penal*¹⁸⁷, onde o autor distingue uma *estrutura profunda* em uma série de sistemas jurídicos de pares oposicionais, como ocorre na oposição significativa básica entre fonemas¹⁸⁸.

186 Maria Augusta Babo, A viagem, o exótico ou Babel, encontrado em <http://acd.ufrj.br/pacc/z/rever/3/ensaios/augustababo.html>, visitado em 12/7/03.

187 Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press, New York, 1998. Diz, Stuart Green, op. cit.: “For legal theorists, the goal of Basic Concepts is an enormously attractive one: to “take a step back from the details and the linguistic variations of the criminal codes” (p. 4), to apply “philosophical and conceptual analysis,” (p. 23), and thereby find “an underlying unity,” a “deep structure . or .universal grammar” (p. 5), a “philosophical dimension” (p. vii) common to “diverse systems of criminal justice” (p. 4). How is this goal to be pursued? Fletcher’s approach is simple and elegant. Each of the twelve chapters of Basic Concepts deals with one of twelve “dichotomies” or “distinctions” that are said to “shape and guide the controversies that inevitably break out in every system of criminal justice” (p. 4)”. These dichotomies, he says, form a common “deep structure” of criminal law. The issues raised by these dichotomies are resolved in different ways by different systems, thereby creating variations in “surface structure.” or positive law. As a means for structuring his analysis, the dichotomy approach works superbly. By allowing the reader to focus directly on major points of controversy, the book offers considerable advantages over the more traditional “grand theory” approach to criminal law used in recent years (...).”

188 As oposições propostas por Fletcher são, entre outras, as seguintes: 1) What is the difference between substantive and procedural criminal law”? (2) How do we mark the boundaries between criminal punishment and other coercive sanctions such

Não menos relevante será o trabalho da antropologia jurídica, havendo já sido determinada a existência de uma série de universais relativos ao Direito Penal ¹⁸⁹.

De qualquer forma, nem em lingüística, nem em antropologia, nem certamente em Direito, a construção de um corpo objetivo e confiável de objetos universais é tarefa sobranceira e expedita. Não é um “vamos votar e pronto”, a democracia das maiorias eventuais tudo solvendo e tudo absolvendo.

O trabalho na lingüística mostra admirável continuidade e amplitude, não só na linha chomskiana, mas em várias outras correntes, como testemunha a Federação de Pesquisas sobre Universais Lingüísticos, com treze linhas diversas de trabalho e trezentos e cinquenta cientistas, criada em janeiro de 2002 ¹⁹⁰. O trabalho de do Laboratório de Antropologia do direito da Sorbonne, cujos testemunhos no trabalho de Boris Martin e Eberhardt tanto aparecem em nosso texto, mostra também a dinâmica desse tipo de pesquisa ¹⁹¹.

as deportation. that are burdensome but not punitive? (3) What is the difference between treating a suspect as a subject and treating him as an object both in terms of the criminal act and the trial? 14) What is the difference between causing harm and harm simply occurring as a natural event! (5) What is the difference between determining whether a crime has occurred (wrongdoing) and attributing that wrongdoing to a particular offender? (6) What is the distinction between offenses and defenses? (7) How should we distinguish between intentional and negligent crimes' (...)

189 Stephen P. Green, op. cit, “In addition, anthropologists have found a number of universals that are directly relevant to the criminal law - including concepts like intention, responsibility, rights. and property: distinctions between voluntary and involuntary behavior: procedures for seeking redress of wrongs: government, in the sense of binding collective decisions about public affairs: institutions for punishment: and "legal" prohibitions on rape, murder, and other forms of violence”.

190 http://www.typologie.cnrs.fr/fr/gabarits/01a_missions.php

191 Vide <http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/index.htm#2>

Não nos propusemos, neste trabalho, construir esse conjunto de universais substantivos e formais, que se reputa indispensável para a fixação de um conjunto de direitos humanos realmente jurídicos, e não estritamente retóricos. Cumpre-nos apenas indicar o que, a nosso entendimento, seria a missão adequada do discurso de valorização do humano e de sua diversidade.

A perversidade da contradição

A questão em análise seria tópica e irrelevante, se se identificasse o mau uso do tema como apenas mais uma perversão da política internacional; nosso propósito é outro. O objetivo desse trabalho é alvitrar que os direitos humanos, como uma categoria objetiva e libertária, só se livra da perversão se partir de uma suave e modesta análise dos fenômenos jurídicos das várias sociedades humanas, para induzir o que, nelas, é comum e efetivo ¹⁹².

A postulação apriorística ou limitada, ainda que *majoritariamente legitimada*, de parâmetros globalizáveis de direitos humanos, e sua afirmação através de pressão política, militar, ou mesmo pela decisão de tribunais internacionais ¹⁹³,

192 Boris Martin, op. cit. “Ce dialogue, réel et virtuel, qui ouvre à la prise de conscience (de soi, de sa culture, des autres, de leur culture) et à l'éventuelle prise de distance par rapport à sa culture ou aux pratiques d'autres cultures, peut conduire, empiriquement, lentement, à faire émerger, par addition ou soustraction, un noyau commun à toutes les cultures, susceptible de fonder une universalité».

193 Boris Martin, op. cit., falando de um tema difícilimo: o da circuncisão feminina - «L'enceinte du tribunal et le système judiciaire ne sont pas préparés à entamer un tel dialogue. Deux logiques s'affrontent dans le conflit excision/ordre public : le rite (même en dégénérescence) et la norme abstraite, impersonnelle excluant par principe la différence de son champ de vision. Il est évident qu'une institution dont la fonction est de faire respecter la norme fera prévaloir celle-ci au détriment du rite». Essa oposição entre o Direito e o rito já impressionou esse autor em trabalho anterior (O Objeto da Ciência Jurídica (Revista Vozes, 1975)): “Tomando como conceito oposto nesta nossa análise, o ritual é a atualização de um esquema conceptual, reflexivamente disposto, visando exatamente à revelação da

é, no nosso entender, necessariamente perversa. Perversa, pois que contradita a rejeição à opressão, e aos princípios de autodeterminação dos povos, postulados do discurso de direitos humanos. Perversão, por ofender a seus próprios pressupostos no vezo de afirmá-los.

A perversão não é necessariamente recusável. A política, nacional ou internacional, seja como a arte do possível¹⁹⁴, seja como a instância da mutação¹⁹⁵ admite extremos de contradição e de utilitarismo. Que assim seja, e se evidencie a questão dos direitos humanos como uma questão, perversa ou não, de política, e não de direito. Mas evidências existem que mesmo a mágica e a invocação de espíritos podem ser mais humanas e eficazes do que essa prática política¹⁹⁶.

Assim, acredito que o discurso universalizante e apriorístico dos direitos humanos é intrinsecamente perverso:

estrutura que lhe dá origem. A lei, esquema consciente, considera, simétrica e inversamente, uma ação para atribuí-la um significado, isto é, para considerá-la significante. O rito conscientiza uma estrutura, a lei estrutura uma ação, dotando-a (ou não) de pertinência. Em suma, o mito significa uma ação, a priori, a lei o faz a posteriori; o mito surge à consciência como significado, a ação submetida à lei como significante”.

194 Rosa Luxemburg, *Opportunism and the art of the possible*, originalmente em *Sächsische Arbeiter zeitung*, September 30, 1898: “Only in this way can our practical struggle become what it must be: the realization of our basic principles in the process of social life and the embodiment of our general principles in practical, everyday action. And only under these conditions do we fight in the sole permissible way for what is at any time "possible. (...) But if we begin to chase after what is 'possible' according to the principles of opportunism, unconcerned with our own principles, and by means of statesmanlike barter, then we will soon find ourselves in the same situation as the hunter who has not only failed to stay the deer but has also lost his gun in the process.”

195 Nicos Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales*, La Découverte (Maspéro), 1971.

196 Jean Rosier Descardes, *Dynamique Vodou et droits de l'homme en Haïti* – memória encontrada em <http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/txtuniv/memoir14.pdf>, visitada em 10/7/03.

Ces derniers par leur complexité nous ont incité à nous ouvrir à des approches « postmodernes » du droit qui semblaient pouvoir permettre de nous émanciper de nos visions « universalistes » (en termes « d'univers ») pour nous engager dans des approches plus pluralistes, plus pragmatiques, plus complexes. Nous avons pris conscience du défi que constituait une dynamique émancipatrice, non-hégémonique des droits de l'homme qui présupposait de sortir d'un universalisme qui n'était en fait rien d'autre que l'hégémonie d'un localisme occidental sur le reste de la planète¹⁹⁷.

Também me parece claro que o universalismo coativo não prestigia, e antes corroe os valores humanos e morais que a constatação de uma universalidade fática e empírica só faria prestigiar¹⁹⁸. O caminho que vai do universalismo unilateral para a universalidade fática e libertária¹⁹⁹ tem regras muito simples: basta aplicar como normas de trânsito os princípios de liberdade e igualdade entre os povos²⁰⁰.

É bem evidente que qualquer questionamento dos direitos humanos é impopular. Corrupção, ditadura, barbárie, descaso, crime, tudo pode ser, e freqüentemente é suscitado contra aqueles que questionam o abuso da retórica dos direitos

197 Christoph Eberhard, op. cit..

198 Boris Martin, op. Cit. : «on doit reconnaître aux sociétés occidentales le génie d'avoir élevé l'homme au rang de sujet de droit universel au seul motif qu'il est Homme. Mais il faut admettre que dans cette ambition, l'Occident a succombé à un mal chronique, celui de l'uniformité, le conduisant à négliger les diverses traditions culturelles qu'il côtoyait et l'apport qu'elles pouvaient proposer dans cette tâche».

199 Christoph Eberhard , op. Cit., «Il ne s'agit pas de récuser "(...) l'unité mais l'unitarisme , cet effet discursif autorisant la réduction de la diversité pour fonder idéologiquement le principe d'unité. (...)"

200 Boris Martin, op. Cit. : «C'est là le paradoxe fondamental que nous avons mis en exergue : les principes théoriques (égalité-unité-universalité) développés par les sociétés occidentales permettraient cette prise en compte de la diversité culturelle si les représentations de ces mêmes sociétés, nourries d'une vision uniforme, homogène et rationnelle de l'humanité, ne venaient paralyser ces aspirations théoriques. Dès lors la théorie des droits de l'homme, fondée sur ces principes, entretient un " universalisme unilatéral ", réfractaire à la diversité culturelle»

humanos; como, provavelmente, sempre se suscitava em face daqueles que se insurgissem contra os universalismos teológicos e morais²⁰¹.

Também é claro que, fora do discurso político e militar, a razoabilidade da pragmática, inclusive do normativismo aplicado pelos tribunais, tem de se inclinar à diversidade; como demonstra a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, no tocante à chamada “doutrina da margem de apreciação”, quando as sociedades submetidas a uma universalidade regional, *respeitada a igualdade política entre os estados*, a uniformização cede passo ao respeito a um módico de diversidade e a uma busca permanente pelo espaço realmente comum entre os sistemas nacionais de Direito²⁰².

O problema, a meu ver, não é de uma falácia essencial dos direitos humanos, e nem de sua judicialização; é de sua imposição sem respeito à autodeterminação e à diversidade dos povos.

Bibliografia Complementar

An-naim, Abdullahi (1993). *Human Rights in Cross-Cultural Perspective*. University of Pennsylvania, Philadelphia

201 Boris Martin, op. cit. «Ce principe, à l'oeuvre dans cette alternative surplombante du judaïsme et dans l'universalisme des droits de l'homme, explique la fierté, voire l'orgueil, qu'une telle conception produit chez ses détenteurs. Pour les autres, comme les sommés de l'universalisme, ces prétentions sonnent comme une arrogance que les Occidentaux, à l'origine des fléaux colonialistes et esclavagistes, reproduisent sur la question des droits de l'homme».

202 Yourow, Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence*. London, New York, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Press, 1996.

- Donnelly, Jack (1982). Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non- Western Conceptions of Human Rights. *American Political Science Review*, 76
- Felice, William (1996). *Taking Suffering Seriously. The Importance of Collective Human Rights*. SUNY Press, Albany
- Ginzburg, Carlo (1995). Killing a Chinese Mandarin: The Moral Implications of Distance. In Olwen Hufton, ed. *Historical Change & Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1994*. Basic Books, NY.
- Nelson, John (1990). Against Human Rights. *Philosophy*, 65.
- Pal, Leslie (1995). Competing paradigms in policy discourse: The case of international human rights. *Policy Sciences*, 28:185-207.
- Panikkar, R. (1982). Is the Notion of Human Rights a Western Concept? *Diogenes*, 120:75-102.
- Peled, Y. (1992). Ethnic Democracy and the Legal Construction of Citizenship. *American Political Science Review*, 86:32-43.
- Rorty, R, 1993). Human Rights, Rationality, and Sentimentality. In Shute and Hurley, eds., *On Human Rights*. Oxford Amnesty Lectures 1993, Basic Books, NY.
- Shiviah, M. (1995). Human Rights and the Third World. Towards a Reassessment of Ideological Dynamics. *Economic and Political Weekly*, November 18.
- Wallerstein, Immanuel (1995). The Insurmountable Contradictions of Liberalism: Human Rights and the Rights of Peoples in the Geoculture of the Modern World- System. *South Atlantic Quarterly*, Fall 1995, 94(4).

Da noção de Bens imateriais

A noção de “bem”, como objeto do direito

...*bens intangíveis*²⁰³. . Que são bens?

No entender de Ulpiano, bem era aquilo capaz de satisfazer um desejo: “*bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatus faciunt*” (fr. . 49 D verb. . sing. . L. . 16). . Por outro lado, a noção tradicional da Economia²⁰⁴ define como “bem” o objeto capaz de satisfazer uma necessidade humana, sendo disponível e escasso; para o jurista, “bem” é o objeto de um direito. .

É de se notar que nem todos os bens jurídicos serão bens econômicos, pois os há de caráter apatrimonial, como as relações de família puras e a cidadania. . Noção próxima de bem é coisa, que boa parte da doutrina considera sinônimo, porém é mais correto reservar a palavra coisa para os “elementos destacáveis da matéria circundante”²⁰⁵. .

De outro lado, nem todas as coisas são bens, por serem incapazes de satisfazer um desejo ou uma necessidade humana; como há coisas capazes de satisfazer desejo ou necessidade, mas que não são disponíveis nem escassos (como o ar), têm-se

203 João Paulo Capella Nascimento, A Natureza Jurídica do Direito sobre os Bens Imateriais, Revista da ABPI, Nº 28 - Mai. /Jun. 1997.

204 Galvez, Manual de Economia Política. Forense, 1964.

205 Passarelli, Teoria Geral do Direito Civil. Atlântida, Coimbra, 1969, pg. 35.

tanto coisas que não são bens econômicos como bens jurídicos patrimoniais que não são coisas. . São as coisas que, simultaneamente, são bens jurídicos patrimoniais que se tornam objeto dos direitos reais, inclusive da propriedade, na acepção tradicional, romanística. .

O bem intangível

O que são bens *intangíveis*? A tradição estóica (Zenão), classificava como coisas corpóreas todos os objetos apreensíveis pelos sentidos; assim, Lucrecio, descrevendo a sensação do vento na pele, comenta que “na natureza também existem corpos invisíveis”. . A doutrina jurídica do período clássico, porém, adotou o entendimento platônico, de que coisa é o objeto tangível:

corporales heo sunt quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique alia res innumerabiles. . Incorporales autem sunt quae tangi non possunt, quales sunt ea, quod in jure consistunt (Gaio Inst. . II Pars. . 12/14). .

A distinção de Cícero é igualmente interessante: há coisas que existem (*quae sunt*) e outras que se concebem (*quae intelleguntur*)²⁰⁶. .

Neste sentido, Blackstone viria a definir bens corpóreos como os objetos

“as affects the senses, such as can be seen and handed by the body”

Incorpóreos, por sua vez, seriam

“creatures of the mind and exist only in contemplation”²⁰⁷. .

206 Mattos Peixoto, Curso de Direito romano, Haddad Editores, Rio, 1955, pg. 330; Lucretius: The Nature of Things. Britannica, Chicago, 1962. Vide A Natureza Jurídica do Direito sobre Bens Imateriais, de João Paulo Capella Nascimento, Revista da ABPI 28 (1997).

Curiosamente, o Direito Romano considera como bem corpóreo a propriedade, *plena in re potestas*, tão intrínseco era o direito no interior da coisa. . Seriam intangíveis, por outro lado, o usucapião, a tutela, o usufruto, e as obrigações; como se vê, também são incluídos na relação bens intangíveis de caráter não inteiramente patrimonial, como a tutela. .

Clóvis Bevilacqua tinha, como bem jurídico intangível, a ação humana objeto do direito de crédito; num mesmo sentido, falando da energia, diz Savatier:

“Ce travail, comme celui de l’homme, se vend dans ses résultats seulement, dont il ne peut être isolé en tant que bien corporel. (...) Objet de créances considérables, elle non saurait donc être un objet de propriété”²⁰⁸ . .

Subsistem controvérsias sobre a possibilidade de se considerar um direito como sendo um bem jurídico. . Para De Ruggero, por exemplo, quando se tem um direito sobre um direito (p. . ex. .: uma promessa de venda de ações escriturais) o objeto do primeiro daqueles seria a utilidade implícita no segundo²⁰⁹ . . Argumenta-se, no entanto, que o valor econômico de um direito é diverso do seu objeto, como se percebe facilmente ao avaliar-se um crédito diferido ou inseguro. .

A par dos direitos, do trabalho humano e da energia, costuma-se falar de “bens imateriais” em relação às criações do espírito humano, as obras artísticas, científicas, literárias, ou os produtos da inventiva industrial²¹⁰ . .

207 Birkenhead, *Laws Relating to Real Property* in *Encyclopedia Britannica* 14a 4a. Ed., 1926.

208 Clóvis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*; Ministério da Justiça, 1966, pg. 179 e ss.; René Savatier *Theorie des Obligations*, Dalloz, Paris, 1965, nr. 41.

209 Apud S. Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil*, Ed. Rio, 1977, pg. 229.

210 S. Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil*, Ed. Rio, 1977, pg. 229.

Especificação

Elemento essencial para a noção de bem imaterial, no entanto, é a categoria jurídica de *especificação*, que nos vem de uma sólida tradição romanística. . Dizem as Institutas de Justiniano, II, 1, 34:

Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur pictura, qualiscumque sit, tabulae cedere. . sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. .

Hoje, a norma está incorporada ao art. . 611 do Código Civil de 1916 (Art. . 1. .269 do Código de 2002), segundo o qual "aquele que, trabalhando em matéria prima, obtiver espécie nova, desta será proprietário se a matéria era sua, ainda que só em parte, e não puder restituir à forma anterior". . Tal é a regra, independentemente da boa fé. .

O ponto crucial para entender o tratamento da especificação no direito civil está no art. . 1. .270 do CC 2002, no que diz que "em qualquer caso, inclusive o da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima". . O novo código sabiamente não enfatiza que tal valor deva ser *econômico*, ainda que provavelmente o seja na maioria das hipóteses; o Código de 1916 falava em "preço da mão de obra". .

Tal regra explica, ao nível elementar das relações de direito privado, como se dá a criação e a apropriação do bem imaterial. . Seja essa matéria prima física ou já imaterial (a cultura, ou uma obra preexistente, ou o estado da técnica), é a *adição de valor* resultante de um trabalho do criador que constitui a obra ou invento. . Na verdade, é a conversão do *principal* em *accessório*: o que é de outro – um texto literário, por exemplo –

é convertido em matéria prima e, daí, em acessório de uma paródia ou recriação. .

As normas do Código Civil não prevalecerão sobre as outras, mais específicas, das leis de Propriedade Intelectual, como a regra de que a obra derivada é autônoma, mas dependente de autorização do titular da obra primígena. . Pelo princípio da especificação, o acréscimo de valor que o autor derivado pudesse causar faria dispensar a autorização, ainda que não a indenização. .

A imaterialidade do baço

A questão da imaterialidade do objeto do direito intelectual foi objeto de uma curiosa e importante decisão judicial do estado da Califórnia, tendo como autor da ação um antigo paciente do titular de uma patente no campo da biologia celular, que reivindicava direitos sobre o privilégio ou sobre seus resultados pelo fato de que as células sobre as quais versava a patente terem sido retiradas de seu corpo. . O tribunal recusou-se a conceder a reivindicação, notando que a patente resultava do esforço inventivo, e não da matéria prima, que não seria, de forma alguma, *invenção*²¹¹. .

Disse a Suprema Corte da Califórnia:

Finally, the subject matter of the Regents' patent—the patented cell line and the products derived from it—cannot be Moore's property. . This is because the patented cell line is both factually and legally distinct from the cells taken from Moore's body. . Federal law permits the patenting of organisms that represent the product of "human ingenuity," but not naturally occurring organisms. . Human cell lines are patentable because "[l]ong-term adaptation and growth of human tissues and cells in culture is difficult—often considered an art..." and the probability of success is low. .

211 Moore v. University of California, 51 CAL. 3D. 120, 15 u.s.p.q.2D. 1753 (1990).

It is this inventive effort that patent law rewards, not the discovery of naturally occurring raw materials. . Thus, Moore's allegations that he owns the cell line and the products derived from it are inconsistent with the patent, which constitutes an authoritative determination that the cell line is the product of invention. .²¹²

Imaterialidade como regra de reprodução

A noção empírica de imaterialidade ingressa no campo do Direito, em particular no que toca à Propriedade Imaterial, quando se constata que a diferença entre a coisa - livro, células, máquinas - e o objeto do Direito está que este se constitui numa *regra de reprodução*. . Tal noção, que já se esboçava na obra

212 Moore v. Regents of Univ. of Cal., 793 P.2d 479 (Cal. 1990). Vide Joshua A. Kalkstein Moore v. Regents of the University of California Revisited, 3 YALE SYMP. L. & TECH. 4 (2000), <http://lawtech.law.yale.edu/symposium/00/speech_kalkstein.htm> De outro lado, vide Danforth, Cells, Sales, & Royalties: The Patient's Right to a Portion of the Profits (1988) 6 Yale L. & Pol'y Rev. 179, 197. Although a patient who donates cells does not fit squarely within the definition of a joint inventor, the policy reasons that inform joint inventor patents should also apply to cell donors. Neither John Moore nor any other patient whose cells become the basis for a patentable cell line qualifies as a 'joint inventor' because he or she did not further the development of the product in any intellectual or conceptual sense. Nor does the status of patients as sole owners of a component part make them deserving of joint inventorship status. What the patients did do, knowingly or unknowingly, is collaborate with the researchers by donating their body tissue . . . By providing the researchers with unique raw materials, without which the resulting product could not exist, the donors become necessary contributors to the product. Concededly, the patent is not granted for the cell as it is found in nature, but for the modified biogenetic product. However, the uniqueness of the product that gives rise to its patentability stems from the uniqueness of the original cell. A patient's claim to share in the profits flowing from a patent would be analogous to that of an inventor whose collaboration was essential to the success of a resulting product. The patient was not a coequal, but was a necessary contributor to the cell line."

de Hegel sobre filosofia do Direito ²¹³, encontra uma expressão precisa em Troller:

La nature intellectuelle des biens immatériels - qui est indépendante de leur fixation corporelle et de leur emploi - leur assure un pouvoir particulier caractérisé dans le domaine de la fabrication et de la vente des biens. . Une invention peut servir dans tous les pays comme règle pour fabriquer de façon illimitée une marchandise ou por exécuter une activité. . On peut représenter une oeuvre littéraire, musicale ou artistique en divers lieux et au même moment. . L'usage du signe discount de l'entreprise ou de la marchandise maintient et renforce sa capacité de référence et, partant, d'individualisation. . Tous les biens immatériels peuvent être la source d'un usage indéfiniment répété, quantitativement, dans le temps et dans l'espace. . ²¹⁴

Irrestrita sua aplicação como regra, a criação imaterial não tem, intrinsecamente, a escassez necessária para transformar um bem em bem econômico. . Para que se mantenha a produção intelectual como atividade racional de produção econômica, é preciso dotá-la de economicidade, através de uma escassez artificial. . A transformação desta *regra* de aplicação ilimitada, num bem econômico, se dá pela atribuição de uma exclusividade de Direito ²¹⁵ . .

213 Filosofia do Direito, § 69: The first question is whether such a separation between ownership of the thing and the power to produce facsimiles which is given with the thing is compatible with the concept of property, or whether it does not cancel the complete and free ownership (see § 62) on which there originally depends the option of the original producer of intellectual work to reserve to himself the power to reproduce, or to part with this power as a thing of value, or to attach no value to it at all and surrender it together with the single exemplar of his work. I reply that this power to reproduce has a special character, viz. it is that in virtue of which the thing is not merely a possession but a capital asset.

214 Alois Troller, Précis du Droit de la Propriété Immatérielle, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1978, p. 34.

215 Lawrence J.Siskind The IP Myth: What's the Big Idea? Intellectual Property, Summer 1996: "Beneath the mystique of intellectual property law, the reality is a lot

A intangibilidade do lucro futuro

Intangível por ser incorpóreo, ou por consistir apenas na concepção, o bem só se torna econômico, e por isso, objeto potencial de uma propriedade, quando satisfaz o requisito essencial de *escassez e disponibilidade*. . Assim, a Propriedade Intelectual só se exerce sobre um objeto imaterial específico. . Não é a simples intangibilidade filosófica, ou a impossibilidade de tocar com as mãos, que o caracteriza. .

Numa economia concorrencial, tal objeto é uma criação estética, um investimento em imagem, ou uma solução técnica que consiste, em todos os casos, numa *oportunidade de haver receita pela exploração de uma atividade empresarial*²¹⁶. . Ou, como queria Vivante, a expectativa de lucros futuros²¹⁷. .

Uma propriedade sobre o valor de troca

Um exemplo do Direito Americano ilustra a geração da consciência jurídica sobre este particular objeto de tutela jurídica. .

simpler, a lot more pedestrian. Intellectual property, for the most part, is not high tech. It is not even low tech. It is no tech. Its clientele and subject matter are low brow. (...) Intellectual property law is not complex. It has none of the technical intricacies of tax, or the majestic subtleties of constitutional law, or even the broad, experience-driven dogmas of tort law. It is essentially simplistic. It says, in varying ways, don't copy”.

216 Numa obra de caráter introdutório, não nos cabe enfrentar a cesura filosófica entre o imaterial da regra de reprodução, que preside à vigorosa escola jurídica de feição germânica (*id quod intelleguntur...*), e o imaterial porque expectativa de resultado futuro. Cientes do enorme abismo entre os dois conceitos, ficamos aqui com a constatação de que, no contexto histórico da economia de mercado (e arriscando-nos a uma boutade), o imaterial atrai o imaterial como condição de sua existência no mundo material.

217 Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, 3o. vol., 3a. ed., no. 840.

Uma importantíssima lide foi trazida à Suprema Corte Americana em 1876 ²¹⁸: os proprietários dos armazéns de cereais do Estado de Illinois haviam recorrido à cúpula do poder judiciário dos Estados Unidos, questionando o direito de um governo estadual regular os preços de seus produtos. . As autoridades estaduais afirmavam que, pelo poder de mercado que os armazenadores tinham, os consumidores se viam obrigados a adquirir os cereais, bens de primeira necessidade, a qualquer preço imposto. .

O caso, como nota John Commons ²¹⁹, se revestia de uma importância especial, em vista do princípio legal, no sistema anglo-americano então vigente, de que o Estado só podia regular a atividade econômica exercida sob concessão. . Uma estrada, uma ponte, a exploração de uma via navegável podiam ter pedágios ou prazos de utilização limitados pela autoridade, por serem naturalmente bens públicos, concedidos à exploração privada; mas o comércio de cereais jamais fora atividade pública. .

A Corte terminou por concluir que o controle do preço dos grãos distribuídos ao público em geral implicava num poder de fato, detido por particulares, e incidente sob a esfera jurídica de terceiros. . O estado tinha pois o dever de regular os preços excessivos, segundo o pensamento de Hegel - aliás presente nas ponderações dos juízes. .

Esta foi a primeira vez, diz Commons, que surge no Direito Americano a consciência do poder econômico do empresário capitalista. . Esta nova soberania, paralela e similar à do Estado, consistia no poder de negar, a quem necessitava, os bens econômicos que o empresário pudera produzir ou vender. .

218 Munn v. Illinois; 94 U.S. 113, 149. 1876.

219 Legal Foundations of Capitalism, Univ. of Minnesota Press, 1959, p. 27.

No caso de Illinois, os armazenadores se recusavam a suprir os bens necessários ao consumo do público, a não ser por um preço determinado, desproporcionado ao custo somado a uma margem razoável de lucratividade. . A atuação da autoridade estatal, julgada constitucional pelo Supremo, tinha o propósito de controlar tal poder econômico, sob a lógica de uma justiça distributiva. . Mas a solução do caso extravasava o simples *sui cuique tribuere*: o que se percebia era a emergência de uma soberania nova, e sua confrontação com o poder estatal clássico. .

Não é simples coincidência o fato de que a elaboração judicial destas novas relações de soberania foi contemporânea à modificação jurisprudencial que, nos Estados Unidos, sofreu o conceito de propriedade. . O direito anterior entendia a propriedade como uma liberdade de fruir, de gozar e de dispor ao abrigo da lei; o nódulo da propriedade, porém, era a facilidade de usufruir do bem que lhe era objeto. .

Commons historia a geração do novo conceito através de uma série de julgados sucessivos da Suprema Corte do fim do séc. . XIX. . Em 1884, apenas a minoria da corte entendeu, no caso dos matadouros da Cidade de St. . Louis ²²⁰, que haveria infração do princípio constitucional de respeito à propriedade privada na proibição de um empresário exercer um ramo de comércio. . A municipalidade daquela cidade havia dado exclusividade para o abate de animais a um determinado matadouro, por razões higiênicas; os demais abatedores recorriam contra o que entendiam como uma expropriação inconstitucional. .

O argumento vencedor era que a propriedade física dos matadouros ficara intacta e, portanto, inexistia expropriação. . A perda da capacidade de os bens materiais em questão gerar

220 *Butcher's Union Co. v. Crescent City Co.* 111 U.S. 746, 751.

receita empresarial não foi considerada como capaz de afetar a propriedade. .

Em 1890, porém, a maioria passou a esposar a tese minoritária de 1884. . As ferrovias privadas do Estado de Minnesota contestavam o poder de polícia da autoridade estadual, a qual vinha estabelecendo suas tarifas ²²¹; as ferrovias invocavam o mesmo princípio constitucional. . O acórdão, desta vez, entendeu que houvera expropriação: ao fixar tarifas a autoridade local retirava das ferrovias o poder de cobrar o que quisessem. .

A expropriação (parcial) não recaía sobre o *valor de uso* dos bens das ferrovias, mas sobre sua capacidade de haver receita, nos limites extremos do mercado. . As empresas não podiam mais elevar seus preços até o limite em que os seus clientes tivessem que renunciar a seus serviços; a diferença entre a tarifa (limite jurídico) e o máximo do preço (limite econômico) havia sido desapropriado - sem compensação. .

Claramente, havia aí uma propriedade intangível, imaterial, que consistia na capacidade de haver receita na exploração de uma atividade econômica. . O que Commons denomina, numa metáfora poderosa, como propriedade sobre o valor de troca. .

Um conceito medieval

A noção de que se deva dar proteção jurídica à oportunidade de obter receita futura com uma atividade empresarial, embora de aparência nova, foi reconhecida em Direito, há séculos, no início do capitalismo europeu. .

221 Chicago, M.S.T.P. Co. v. Minnesota, 134 U.S. 1890. Posteriormente, vide See v. Heppenheimer 69 N.J. 36.61 A 843 1905, citado em Cary, Corporation Law, pg. 1096. Também em nosso trabalho “Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas”, publicada na Revista Direito Mercantil no. 33, de janeiro de 1980.

A sensibilidade jurídica para a existência de tal valor, aliás, data de bem antes, como o demonstra a instituição de monopólios pelo Estado romano²²². Mas se pode, com cada razão, tomar o *jus intraturae* das cidades italianas do *quatrocento* como um dos marcos históricos da criação de um direito próprio da economia capitalista. .

O artesão ou mercador que tomava em aluguel sua oficina ou loja e criava uma clientela centrada no local de seu comércio ou indústria, adquiria o direito de haver do proprietário do imóvel, que o intentasse despejar, um pagamento pela valorização do ponto. . O *ius intraturae* era exatamente o reconhecimento de que o valor dos lucros razoavelmente esperados pelo exercício da atividade empresarial deveria ser somado ao do imóvel locado, constituindo a parte não tangível da propriedade²²³. .

Ora, tal “propriedade sobre o valor de troca”, como o quer Commons²²⁴, é algo da experiência cotidiana, pedestre, de qualquer advogado forense. . O cálculo do valor de um fundo de comércio, no caso de denegação de renovatória ou da apuração de haveres, não é outra coisa senão o reconhecimento fático da existência de um valor intangível, somado ao das coisas física, a que o direito assegura proteção. .

As várias formas de calcular o valor do fundo de comércio levam em conta o lucro médio apurado pela empresa nos exercícios mais recentes, projetando tal taxa para os exercícios futuros e capitalizando o montante para obter o valor atual da

222 O. Gibbons, *Decline and Fall of the Roman Empire*. Ed. Britannica, 1952, pg. 659.

223 Barreto Filho, op. cit. loc. cit.

224 *Legal Foundations of Capitalism*, Univ. of Minnesota Press, 1959, p. 27.

expectativa razoável do lucro futuro ²²⁵. . O equivalente jurídico da organização empresarial, do aviamento dos intangíveis da empresa, é assim quantificado e definido como a reeditibilidade da empresa. .

Esta capacidade de obter réditos resulta, seja da localização do estabelecimento, seja da qualidade dos seus produtos ou serviços, ou da eficácia da veiculação publicitária; é aquilo capaz de captar, entre os concorrentes igualmente disputando o mesmo mercado, a boa vontade da clientela. . É o *goodwill* do direito anglo-saxão, ou a clientela na versão latina ²²⁶. .

Mas a reeditibilidade resulta, também, do exercício do poder econômico. . Um local é bom ou ruim para a clientela em razão do custo da alternativa de se valer de outro fornecedor, e poder de negar-se a fornecer é equivalente a este custo alternativo; o mesmo ocorre com vantagem qualitativa, real ou induzida publicitariamente. . Inexistindo outro fornecedor, no mercado ou setor considerado, o poder econômico obtido pelo empresário tende a ser infinito, limitado apenas pela possibilidade de o público deixar de necessitar o produto ou serviço. .

A coisa e a oportunidade

A relação jurídica entre o empresário e sua clientela, a oportunidade comercial, é de natureza similar a que tem o lavrador em relação a um trato de terra, ou do acionista e sua

225 Luiz Autuori, *Fundo de Comércio*, Forense, 1957. G.B. Vegni-Neri, *Arbitramento de Aluguel*, Nacional, 1979; Denis Borges Barbosa, *Aviamento ou Fundo de Investimento*. *Panorama da Tecnologia*, abr. 1988. Barbosa, Mario Figueiredo, *Valor da clientela no fundo de comercio*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

226 Cabe mencionar a interessante distinção, trazida do Direito Francês, entre *clientèle*, o afluxo de receita resultante da qualidade ou reputação dos produtos ou serviços, e *achalandage*, o fluxo de receita resultante simplesmente da localização: um restaurante de estação ferroviária têm freguesia, sendo ou não de qualidade.

participação societária; é a faculdade de fruir dos resultados eventuais ²²⁷. . O empresário tem, ademais, como o lavrador, um poder jurídico de exigir que o resto do mundo se abstenha de perturbar indevidamente o aproveitamento da oportunidade comercial obtida; é a contrapartida da liberdade de exercer a atividade empresarial. .

A razão das leis de repressão à concorrência desleal é exatamente proteger a atividade empresarial na exploração da oportunidade de clientela. . Tais leis, muitas vezes, definem um rol mínimo de ações típicas que lesam a liberdade de um competidor aproveitar-se da oportunidade comercial, tais como o denigramento deste, de seus produtos ou serviços, ou atos que confundam um empresário com um competidor e os produtos ou serviços de um com os do outro. . Mas a grande maioria (inclusive a lei brasileira) deixa em aberto a caracterização de tais ações, outras que as integrantes do tipo penal, proibindo em geral aquelas que falseiem a concorrência, em prejuízo de um determinado competidor. .

A similitude entre o lavrador e o empresário consiste apenas no fato de que ambos exercem faculdades de fundo econômico, sob a tutela de poderes jurídicos absolutos, ou seja, voltados contra todos, indiscriminadamente, como um dever de abstenção. . Distinguem-se propriedade do lavrador e a posição do empresário, pois aquele direito real se exerce em relação a um objeto uno e único, que naturalmente induz a um direito exclusivo: como regra geral, a propriedade de um exclui outra

227 Savatier, op. cit. nr. 27. Diz J.X. Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Freitas Bastos, 1959, vol. V. no. 17: “Assim, o comerciante, cedendo o estabelecimento em atividade, não garante de futuro as relações porventura estabelecidas entre o cessionário e seus fregueses, fundadas na confiança recíproca; o que com o estabelecimento cede é a probabilidade de conservar o negócio a situação ou posição que adquiriu; é a freguesia possível e não a real.

da mesma natureza ou grau. . Não assim o direito absoluto do empresário. .

Com efeito, é possível várias pessoas exercerem a mesma atividade perante o mesmo mercado; é esta, aliás, a regra - a racionalidade ostensiva do sistema capitalista exige que os direitos absolutos exclusivos sobre as coisas tangíveis tenham o contraponto dos direitos absolutos não exclusivos sobre o mercado - ou, mais precisamente, de um poder absoluto, não exclusivo, sobre os demais participantes, atuais ou potenciais, da concorrência. . É, talvez, o sistema de *checks and balances* que moderaria o exercício do poder econômico e refrearia um pouco a sua acumulação. .

Observando-se mais atentamente, constata-se que, pelo menos nos sistemas em que, como no brasileiro, existe legislação especial de concorrência desleal, o poder absoluto de que cada empresário dispõe contra seus concorrentes tem matizes diversas daquele poder universal, negativo, que cada um exerce para assegurar sua liberdade econômica. . Sem que, na verdade, se desfigure a natureza do direito subjetivo, a contiguidade entre os concorrentes propicia uma intensificação das relações jurídicas, como a que se origina dos direitos *propter rem* resultantes da vizinhança, . .

Direito de criação e direito de clientela

O caso particular da propriedade imaterial de que trata a Propriedade Intelectual é a de uma *criação estética*, num *investimento numa imagem*, ou então uma *solução técnica*, cujo valor de troca merece proteção pelo Direito. .

Uma análise mais cuidadosa da questão revela que, neste caso também, há de início um direito de oportunidade - o de explorar o mercado propiciado pela criação imaterial. . A exclusividade legal apenas apropria este mercado novo, localizado, em benefício do criador²²⁸. .

Tal ocorre de forma inteiramente similar à situação jurídica do empresário que explora sua atividade em estabelecimento sito em imóvel sob locação, resguardando-se a posição privilegiada do empreendimento, adquirida pelo desenvolvimento do negócio naquele local, com criação de clientela específica. . O objeto do direito exclusivo é a posição no mercado representado pelo local de operação e significa um direito à percepção de rendimentos eventualmente produzidos em

228 Já se vê que nos filiamos ao entendimento de Paul Roubier, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, Sirey, Paris, 1952, e de Tulio Ascarelli, *Teoria della Concorrenza e dei beni Immateriali*, 3a. Ed. Giuffrè, 1960, que vê na imaterialidade de tais direitos apenas a eventualidade dos direitos de clientela, ou (no dizer de Ascarelli), a expectativa razoável de réditos futuros.

resultado da continuação de uma atividade no mesmo local ²²⁹.

Pode-se, já neste ponto, precisar o de propriedade imaterial, caracterizando o poder, atribuído classicamente ao proprietário, como um direito subjetivo absoluto. . O controle, ademais, não é um poder-dever, já que guarda pelo menos um certo grau de voluntariedade em seu exercício; não se trata, pois, de uma potestade. . Especificando assim a primeira noção, poderíamos dizer que propriedade no sentido clássico é o exercício de um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre um bem econômico, visando a um interesse próprio. .

Por aproximação, costuma-se denominar estes direitos absolutos exclusivos sobre bens econômicos imateriais, o bem-clientela, “propriedade imaterial”. . Como os objetos resguardados são, em princípio, *res communes omnium* (a criatividade industrial e o mercado), parte da doutrina entende que tais direitos são um monopólio constituído em favor de seus titulares. .

Este conceito de propriedade, elaborado através da análise da estrutura dos direitos, compatibiliza tanto o *dominium* romano quanto a noção de “propriedade sobre o valor de troca” definida na jurisprudência americana ²³⁰. . Concebida como um poder, quando exercida sobre um conjunto de bens materiais e bens imateriais, constituído para gerar valores de troca (a empresa) a propriedade não é um poder “passivo”. . Não é um poder de conservação, mas de ampliação. .

229 Savatier, op. cit., nr. 32; Barreto Filho, Aviamento, in Enciclopédia Saraiva; Paul Roubier, op. cit.

230 *Butcher’s Union Co. v. Crescent City Co.* 1.11 U.S. 746, 751.Chicago, M.S.T.P. Co. v. Minnesota, 134 U.S. 1890.

A visão clássica do Direito Comercial: Aviamento, clientela e fundo de comércio

O Direito Comercial clássico tem enfrentado os aspectos concorrenciais do Direito através de uma série de categorias do pensamento jurídico, como as de *fundo de comércio*²³¹, *aviamento*²³², *clientela*²³³, ou, genericamente, *estabelecimento*²³⁴. . Sem ousar reproduzir aqui toda a ampla e já secular discussão, vamos lembrar alguns dos pontos relevantes desta doutrina. .

231 Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, 1º volume, 21ª edição, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 203/4: "O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a base física da empresa, constituindo um instrumento da atividade empresarial. O Código italiano o define como o complexo dos bens organizados pelo empresário, para o exercício da empresa". Oscar Barreto Filho, Teoria do Estabelecimento Comercial, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 75: "complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil."

232 Fran Martins, Curso de Direito Comercial, 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 513;: "Também constitui elemento do fundo de comércio a propriedade imaterial, que se caracteriza pelo que se costumou chamar de aviamento e pela freguesia, elemento do aviamento que, pela sua importância na marcha dos negócios do comerciante, tem papel preponderante nos mesmos".

233 Rubens Requião (ob. cit., p. 205): "O direito sobre o fundo de comércio é, como todas as propriedades incorpóreas, um direito à clientela, que é assegurado por certos elementos de exploração. A clientela não é, como se diz, um elemento do fundo, é o próprio fundo. Essa clientela pode ser conquistada ou retida por elementos diversos: a situação do local, o nome comercial ou a insígnia, a qualidade do material ou das mercadorias. Eis porque seguidamente é um ou outro desses elementos que é o elemento do fundo".

234 Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Comercial, volume 1, ed. Saraiva 1999, p. 91 e 92. "Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc."

Bigodes & criatividade

Aviamento não é só o que o farmacêutico faz com sua receita, ou o que o alfaiate usa para preparar seu terno). É, em Direito, o conjunto de elementos imateriais de um estabelecimento comercial, que organiza os seus elementos humanos e físicos numa estrutura destinada a produzir o lucro. Sem o aviamento, o balcão, o estoque e o pessoal de uma sapataria seriam um conjunto desorganizado incapaz de gerar receita, quanto mais lucro²³⁵.

Um armazém de secos e molhados às antigas, comparado com um supermercado, mostram-se semelhantes, enquanto empresas voltadas para um mesmo mercado, disputando a mesma clientela. Apenas os diferencia o aviamento.

O armazém, com seus balcões de pinho enebados, o charque e o bacalhau pendurados em ganchos, caixeiros lentos e dono de grandes bigodes, configura um conceito mais pessoal e mais defensivo de comercialização. Em oposição, há a fórmula na qual o cliente escolhe sozinho a mercadoria nas prateleiras, sem intervenção dos vendedores, livre do balcão; isto, somado com o pagamento à saída, caracteriza um estilo de *aviar* a seção de vendas que, impessoal e sedutor revolucionou o comércio de bens de consumo não duráveis.

Segundo esta definição, toda empresa tem aviamento. É o valor do aviamento - sua complexidade, eficácia, capacidade de adaptação - que vai diferenciar uma empresa no mercado, fixando sua posição na concorrência. Nesta perspectiva tão genérica, pode-se certamente questionar a validade prática da

235 J.X. Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Freitas Bastos, 1959, vol. V. no. 17. Vivante, Trattato di diritto commerciale, 3o. vol., 3a. ed., no. 840. Oscar Barreto Filho, ob. cit., p. 169: aviamento é "o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento in concreto a aptidão de produzir lucros"

noção de aviamento, que é também caracterizado como a “idéia organizativa” da empresa ²³⁶ . .

Mas ao se considerar uma noção derivada, a de “elementos do aviamento”, o sentido pragmático avulta. . Segundo os autores de direito comercial, o aviamento é a soma da tecnologia administrativa e industrial, da marca, dos direitos de monopólio, do ponto comercial ²³⁷, enfim de um conjunto de elementos intangíveis, cada um dos quais voltados à conquista ou manutenção da clientela. .

A noção de que um método de vendas - armazém ou supermercados - integre o aviamento é fácil de aprender; menos simples é perceber que a estrutura administrativa também é parte da “idéia organizativa” ²³⁸ . . Ainda mais difícil

236 Oscar Barreto Filho (ob. cit., p. 171) : "mera abstração falar do aviamento como coisa ou elemento existente por si próprio, independente do estabelecimento. O aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo, constituindo qualidades incidíveis dos entes a que se referem. O aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento, e, portanto, não pode constituir em si e por si objeto autônomo de direitos, suscetível de ser alienado, ou dado em garantia" Apesar da afirmação do autor, está claro que o franchising é uma cessão de fertilidade e beleza, ou pelo menos da aparência comercializável desses predicados.

237 Tribunal de Justiça de São Paulo -: Estabelecimento comercial. Recurso: AI 205787. CCIV 5. 17/02/94, - Avaliação em processo de arrolamento de bens - inclusão do ponto comercial na avaliação do fundo de comércio Adm - valor econômico do local de negócio - O ponto ou local de negócio insere-se entre os elementos e imateriais da fazenda mercantil, representando valor econômico e um dos fatores de aviamento.

238 Fábio Ulhoa Coelho, op. cit.: “Ao organizar o estabelecimento, o empresário agrega aos bens reunidos um sobrevalor. Isto é, enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado. (...) Claro que a desarticulação de bens essenciais - cuja identificação varia enormemente, de acordo com o tipo de atividade desenvolvida, e o seu porte - faz desaparecer o estabelecimento e o sobrevalor que gerava. Se o industrial desenvolveu uma tecnologia especial, responsável pelo sucesso do empreendimento, a cessão do know how pode significar a acentuada desvalorização do parque fabril. (...)

é reconhecer à tecnologia industrial- tão mitificada como deusa da modernidade - o modesto status de parte da concepção empresarial, a mui reduzida tarefa de arrumar o galpão, dispor as máquinas, organizar o trabalho e comprar os insumos certos. . No entanto, quase todas as definições de tecnologia enfatizam seu aspecto de organização de conhecimentos e habilidades, para o fim da produção econômica. .

O mérito da noção de aviamento é evidenciar, para cada elemento intangível da empresa, o seu papel na estrutura produtiva, coisa que a análise econômica clássica se empenhou em fazer, apenas quanto aos aspectos financeiros, tangíveis ou relativos ao trabalho. . Colocando a criação intelectual, invento, design ou método de vendas perante a questão crucial da clientela, o aviamento leva, às suas verdadeiras proporções, uma atividade humana envolta em charme e mistério - a criatividade. ..

O fundo de comércio

Tendo dado um passo em direção à especificidade (tecnologia industrial é algo mais próximo à experiência cotidiana do que aviamento), vamos agora na direção inversa. . A soma de tais elementos intangíveis, acrescida da própria clientela, tem recebido tradicionalmente o nome de “fundo de comércio”²³⁹. .

Pois convém prosseguir nossa análise por esta última idéia, ainda mais abstrata do que a de aviamento. . Razões históricas

Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica. A proteção jurídica do estabelecimento empresarial visa à preservação do investimento realizado na organização da empresa."

239 STJ, recurso especial 0012306/91-SP. J 24-09-1991. 3a. turma. DJ de 07/10/1991 pg/13968 Comercial civil - marca industrial - prescrição. I - marca industrial compõe o fundo de comércio da azienda e como tal se a define como de natureza patrimonial, por isso que norma do estatuto civil impõe que a prescrição que resulta desse direito, para ser conhecida, terá de ser invocada.

o justificam: já no tempo de Dante e Petrarca (como vimos ao falar do *jus intraturae*) as cidades italianas tinham legislações específicas, protegendo o direito do comerciante ou artífice de manter intacto seu fundo de comércio. .

Imaginemos um ferrador que aluga um galpão e começa a exercer seu ofício. . Sua competência, sua experiência, até mesmo suas qualidades pessoais atraem fregueses, que se perpetuam e captam por sua vez novos usuários para os serviços de ferra. . Ao término da locação, não parece razoável que o locador, nada tendo colaborado para criar tal clientela, possa dela se apropriar, instalando no mesmo ponto um competidor do antigo inquilino ou nele se aboletando pessoalmente (se tal fosse permitido pela corporação de ofício pertinente). .

Pois tais leis, já há 500 ou 600 anos, prescreviam o que, em substância, diz nossa *lei de luvas*: o locatário comercial tem proteção legal ao gozo de sua clientela; não cabe dela privá-lo, removendo-o do imóvel locado a qualquer pretexto. . O direito francês vai mais longe, concebendo tal proteção como sendo uma “propriedade comercial” ao lado da propriedade industrial. . Considerando este direito do locatário, mais valioso do que o interesse do locador de reaver o imóvel, o de permanecer no local que configura seu fundo de comércio. .

Este fundo de comércio, ainda que tão radicado no imóvel, acabou por desenvolver no direito comercial uma sensibilidade especial para a questão da clientela. . Noções como *achalandage*, a capacidade de um bar de aeroporto atrair a freguesia em trânsito só por sua localização; a idéia oposta de “clientela”, resultado de talentos pessoais do comerciante ou artífice; a distinção resultante entre aspectos pessoais e materiais do fundo de comércio; o estatuto jurídico do mercado autônomo onde se negociam fundos de comércio; tudo vem desta elaboração já clássica em Direito. .

O comércio de aviamento

Também já existiu uma noção antiquada, da qual hoje mal existe memória. . Era o princípio (em vigor entre nós até o Código de 45) de que uma marca só pode ser vendida ou licenciada junto com o respectivo fundo de comércio. . Outrora se pensava que ninguém transfere realmente a capacidade de fazer um produto - aquele indicado pela marca - sem o respectivo estabelecimento, leia-se máquinas, equipamentos, instalações, equipe, organização, enfim aviamento e tudo mais. . Mas isso era no tempo em que se cria na correspondência entre um conjunto de características técnicas e uma marca, na veracidade substancial das coisas veiculadas sobre um produto através do signo distintivo. .

Com a transformação geral nos sistemas de comercialização, principalmente com a emergência dos novos meios de comunicação de massa e com o aperfeiçoamento das técnicas de marketing e de sedução publicitária, a marca se transforma num *meio de diferenciação entre produtos* sem qualquer referência a sua qualidade intrínseca. . Vide o que ocorre no mercado de cigarros. .

Poder-se-ia também supor que a tecnologia se tornou mais portátil, menos vinculada à habilidade pessoal dos trabalhadores e engenheiros, menos incrustada nos equipamentos e instalações físicas; enfim, mais *imaterial*. . No momento em que isto ocorre, também se alteram as legislações, para permitir venda ou licença de marca, ainda que se passe a exigir (agora em defesa do consumidor) controle de qualidade do licenciante sobre o licenciado. . Isto, para que o produto fabricado sob licença não se distancie muito do original. .

Tanto legal quanto economicamente, isto denota a nova importância dos elementos do aviamento como bem jurídico, autônomo em face dos elementos imateriais da empresa, *inclusive com mercado próprio*. . O mercado do aviamento.

O comércio de tecnologia, o comércio de marcas, até o comércio do aviamento inteiro através do sistema de *franchising* são fenômenos relativamente recentes a se somar ao velho traspasse de ponto, como negócios típicos de clientela. .

Como um bem de uso, o aviamento representa a capacidade de entrar num mercado, nele manter-se ou mesmo de adiantar-se à concorrência, captando maior clientela do que seria a probabilidade estatística de um empresário sem clientela²⁴⁰. .

Pois bem, este mercado autônomo dos elementos imateriais da empresa dá ainda ao aviamento o *status* de bem de troca. . O investidor, sem deixar de lado nem um dos cliente ativos da empresa, pode até tirar proveito da clientela potencial que não tem condições legais, financeiras ou materiais de explorar por si só, licenciando a terceiros a patente, marca, tecnologia ou constituindo um sistema de franquia. ..

Um bem inconspícuo

Animal tímido, o aviamento tem dificuldades de ser revelado em público. . Habitados a tratar somente com débitos e créditos, os balanços não refletem quase nunca os bens que a empresa gera sozinha, como aviamento. . Ele normalmente surge como ativo contábil só no balanço de uma empresa que, adquirindo ativos de outra, passa a reconhecer parte dos valores pagos em

240 De outro lado, prescreve o Código Tributário Nacional, em seu art. 133: A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato: I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão

excesso ao valor patrimonial da adquirida como “fundo de comércio”, antecipação de lucros, clientela, etc. .. Indiretamente ele também se distingue nos ágios das aquisições de participação relevante em outras empresas²⁴¹ . .

Via de regra, enquanto permanece oculto ou, mesmo se revelado no balanço, enquanto não reclassificado em outra rubrica, o aviamento não se sujeita a tributação do imposto sobre a renda. . Além disto, a legislação brasileira, numa medida sem exemplo no Direito Tributário convencional, passou a permitir, desde 1977 a reavaliação não tributada do ativo imobilizado. .

A conseqüência prática disto é que uma marca ou patente - reconhecida no ativo imobilizado apenas pela soma das retribuições ao INPI e eventuais honorários do advogado - passam a ser consignadas por outro valor, em tese o real que pode ser o de uma hipotética venda ou da antecipação da receita futura resultante do item do aviamento²⁴² . .

Esta singularidade de nossa lei possibilita ate mesmo (ao contrario do que se disse até agora) tirar certos elementos do aviamento das sombras, fazendo-os aparecer no balanço quando convier ao titular da empresa, independentemente de venda de ativos ou de participação societária. . A tributação só e imposta, segundo nossa lei, no momento em que o valor da marca, patente, etc. .. e realizado pela venda, pelo aumento de capital, pela amortização, etc. ..

241 Denis Borges Barbosa, Aviamento ou Fundo de Investimento. Panorama da Tecnologia, abr. 1988. Barbosa, Mário Figueiredo, valor da clientela no fundo de comercio, Rio de Janeiro, Forense, 1989

242 Vide o capítulo sobre reavaliação de ativos intangíveis do nosso A tributação da Propriedade Industrial e do Comércio de Tecnologia, RT, 1983, e Ana Cristina França de Souza, e Avaliação de Propriedade Intelectual e Ativos Intangíveis, Ver. ABPI, N° 39 - Mar. /Abr. 1999.

E claro que os frutos do comercio de aviamento ou de seus elementos aso inteiramente sujeitos a tributação. . Os *royalties*, o preço da venda de uma patente ou marca, o sobrepreço na venda de ativos ou de participação vinculado ao fundo de comércio - tudo isto é sujeito aos tributos usuais, com pequenas alterações em casos específicos. .

Miragem & futuro

E um exemplo de obra de ficção: uma loja alugada, com equipamento arrendado, mão de obra temporária, capital de giro tomado em banco, e , para terminar, a empresa operando sob franquia. . Alem do crédito (ou da credulidade de bancos e fornecedores), não ha sequer um átomo das relações de propriedade que, em tese, cimentariam o capitalismo nesta empresa hipotética, mas tão real e cada vez mais frequente. .

No nosso exemplo o que mais impressiona e a inexistência do aviamento próprio. . Quem opera sob franquia, estrutura sua empresa (ou, nos casos mais brandos, seu setor de vendas) segundo padrões uniformes, alheios, pelos quais passa a alcançar a clientela potencial do franqueador, explorando-a com a máxima eficácia. . Na franquia, como o operador se disfarça inteiramente sob a pele do franqueador, a clientela se transforma de potencial em efetiva. . Mas fica sempre sendo do dono da *franchise*, não de quem trabalha a empresa e lhe assume os riscos. .

Como acontece no caso extremo do *franchising* (onde se aluga todo o aviamento), também a empresa, que se utiliza de elemento do aviamento alheio, acaba por criar clientela para outras pessoas, ficando apenas com a miragem de um negócio próprio. . Quem aluga (ou licencia, diz-se com mais elegância) tecnologia alheia, cultiva uma clientela que perderá a capacidade de explorar ao termino da licença. . O mesmo ou mais se dirá de quem licencia marca alheia, quando então não

só a clientela permanece alheia, como até tem consciência disto. .

Mesmo quem adquire a tecnologia, sem compromisso de deixar de usá-la ao fim do contrato, se não ganha também a capacidade de refabricar a tecnologia, adaptando-se as alterações do estado da arte, passa a exaurir seu aviamento como quem consome uma mina ou uma floresta sem renová-la. . Economicamente, esta na situação de um índio nômade que, esgotada toda a caça e pesca de sua área, tem de mudar-se para sobreviver - não chegou, empresarialmente à fase do pastoreio.

O bem concorrencial

Caberia, é certo, formular aqui a doutrina dos “bens concorrenciais”, como uma categoria do pensamento jurídico capaz de avaliar na identificação do estatuto teórico do “estabelecimento”, da “clientela”, do “aviamento”, etc. .

Já nos referimos anteriormente à existência de um direito de explorar uma oportunidade comercial, dentro dos limites da concorrência; o objeto deste direito viria a ser, exatamente, esta oportunidade comercial, esta posição perante o mercado. . Em regimes econômico-políticos diversos, o acesso ao mercado era rigidamente tutelado, e o direito de que falamos surgia como concessão, delegação a particulares da exploração de um bem público. . Com o princípio da liberdade de comércio ²⁴³, tal direito se esmaece, para ir se confundindo com as liberdades gerais, os direitos humanos, com sua configuração de direito subjetivo ficando menos proeminente. .

243 Lei francesa de 2 e 17 de março de 1991: “A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d’exercer telle profession qu’elle trouvera bon (...)”.

Ora, é interessante notar que o exercício desta liberdade, pode prejudicar terceiros, e, mesmo, que o intento do seu exercício seja prejudicar terceiros: quem se estabelece numa cidade para competir com as empresas já lá operando no mesmo setor tem certamente o desígnio de causar dano aos comerciantes já estabelecidos, tomando sua clientela ²⁴⁴. É parte deste direito a faculdade de prejudicar, dentro de certos limites prescritos pelo uso comercial; comparavelmente, o direito internacional público estabelece limites à faculdade de exercer guerra, protegendo os prisioneiros, as populações civis, etc. .

O bem concorrencial surge no espaço destes limites, a partir dos quais é ilegal o exercício do direito de concorrer pela mesma clientela. . Se há um monopólio legal, se só um empresário pode explorar o mercado, não existirá a fricção entre direitos de mesmo objeto: é o que ocorre com os privilégios de invenção, por exemplo. . nestes casos, o bem concorrencial tem sua eficácia claramente demarcada. .

Contudo, a concepção de um bem concorrencial é difícil, enquanto considerada a noção da oportunidade comercial como uma liberdade, a ser apenas coibida na hipótese de um uso excessivo ²⁴⁵. . O que contribui para o melhor entendimento desta categoria jurídica é o fato de que a oportunidade de que se fala é passível de venda: constata-se que, singularmente, uma liberdade tem preço, corretores e mercado. .

O interesse econômico, objeto da venda, não é a liberdade que afinal qualquer um tem, mas algo que se expressa como uma vantagem objetiva de um sobre os demais titulares do mesmo direito. . O dono de uma loja bem conceituada num bom ponto tem, sobre o homem da rua, a vantagem da reunião do capital

244 P. Roubier, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, Recueil Sirey 1952, vol. I, pg. 523.

245 Roubier, *op. cit.* pg. 527.

necessário, da organização dos meios empresariais, da sorte de conseguir um local bem atendido pela clientela; e, sobre seu concorrente imediato, as peculiaridades do ponto e da organização que fazem de seu estabelecimento uma unidade particularmente lucrativa. .

Cede-se, assim, não a liberdade, mas os meios de exercê-la e, com eles, uma determinada posição econômica definida pela expectativa de obter receita futura, em face da aptidão dos meios e os lucros já obtidos no passado. . Arriscando-nos a um paradoxo, cede-se a um crédito real, uma confiança nas vantagens futuras, a mesma confiança atuária que existe no contrato de uma venda futura, no seguro, na aposta, e em todas operações de crédito. .

Como já visto, esta expectativa, que pode ser cedida, deriva, em parte da organização da empresa para a sua atividade econômica específica; e, em parte, da quantidade de poder econômico que resulta desta organização, e que se expressa na perda relativa que o consumidor sofreria ao escolher outra empresa para satisfazer suas necessidades ou desejos. . Em última análise, assim, cede-se uma posição de poder econômico. .

O objeto da Ciência Jurídica ²⁴⁶

Para se chegar ao conceito do complexo de relações intersubjetivas que constituem o objeto próprio do Direito – considerado como ciência – seria interessante partir do exame de um outro sistema de condutas, já estudado mais profundamente pela Antropologia Estrutural: o rito .

Em princípio, o rito é uma cadeia de significantes, expresso em condutas que denotam um determinado complexo mítico. Embora, na realidade, subsistindo ao nível da expressão, o rito aparece à interpretação racional como significado, ao menos para aqueles que o tem como relato a uma situação mítica. Mais precisamente, todos que praticam o rito não o percebem como expressão de um determinado complexo mítico, emprestando-lhe seja a condição de meio de comunicação com um receptor hipotético (a divindade) seja, como ação cristalizada a qual já se retirou qual quer sentido, o estatuto de uma ação social automática (que vem na verdade confrontar), ainda no plano da superestrutura , com um complexo ideológico). O importante – mesmo se a ligação mito-ritual seja consciente – é a atualização de um esquema conceptual ao desempenho de uma prática.

Preexistente uma estrutura, que é posta entre parênteses socialmente reafirmada por acontecimentos dirigidos, visando

²⁴⁶ Artigo publicado originalmente na separata da Revista de Cultura Vozes, Ano 1968 – volume LXVIII – abril 1974 nº 3

à evidenciação daquela mesma estrutura: a ação leva ao conceito, após o conceito ter conduzido à ação. Evidentemente, não se irá questionar a gênese ou função específica da estrutura mítica: os trabalhos de Lévi-Strauss já o fizeram satisfatoriamente; o que importa é frisar que, enquanto significante, o ritual é tomado como significado.

Como, entre toda a faixa de sons audíveis, o espírito humano isolou um determinado número daqueles como significantes, por meio de oposições que se conjugam binariamente, o modelo jurídico confere, entre a totalidade das ações possíveis, a algumas dentre estas o caráter de significativas. O sistema jurídico agindo evidentemente em nível muito mais dilatado do que a linguagem, procede da mesma maneira do que esta ao estabelecer uma fronteira (se bem que flexível) entre o pertinente e o não-pertinente. Ao tipificar, por exemplo, determinada ação faz mais do que eleger-la como significante para um conjunto de articulações.

A diversidade dos sistemas jurídicos é tão desorientadora como o foi a diferença entre os idiomas para a Linguística: Savigny, para isolar apenas um nome, revela que o; Direito também teve seus neogramáticos. Depois de tentada a explicação histórica (por sinal em época bastante anterior às investidas do historicismo nas demais ciências sociais) a Ciência Jurídica, que mal abandonara as hipóteses teológicas-metafísicas, caiu num caos onde apenas muito timidamente chegou o positivismo e o getalismo formalista de Kelsen. Como já notou Mauss acerca da Sociologia, o problema de especificação epistemológica é um impecilho para as ciências sociais tanto maior quanto são expressões de modelos conscientes o objeto a ser interpretado. Ora, como diz Lévi-Strauss (*Antropologia Estrutural*) Rio, Tempo Brasileiro, 1967, p.318), quanto mais nítida é a estrutura aparente, mais difícil se torna apreender a estrutura aparente, por causa dos modelos

conscientes e deformados que se interpõem como obstáculos entre o observador e seu objeto.

No caso do Direito, somente sob o crivo de uma ciência das ideologias se poderia tentar a aproximação <por cima>, ou seja, por meio de sua configuração aparente. A opção, que se impõe, é de, à imitação das demais ciências, tentar moldar entre a bruma das reconceptualizações a figura real – e inconsciente – do objeto do Direito. O auxílio da Lingüística e da Antropologia Estrutural é indispensável neste estágio de pesquisa, embora tendo-se em conta que, se a pretensa arbitrariedade vigente entre significante e significado foi superada como um artifício metodológico, válido no estágio em que Saussure deixou a Lingüística, a questão para o Direito estará ainda – e por muito tempo – em suspenso. De certa forma, o real objeto do Direito é o arbitrário.

O Sistema das condutas consideradas como significantes, como um todo, é aposto a um sistema de *significados*, ou seja, de condutas que o Direito *articula* àquelas: à ação considerada como crime o Direito faz corresponder uma ação considerada como pena. Posto como sistema semiológico, ao significante (ação) é articulado um significado (ação-pena). O paralelo é tanto mais evidente quando se percebe que uma lei não é outra coisa se não dicionário, um repositório de mensagens emitidas e recebidas; e, claramente, um contrato não se diferencia de uma lei em um caráter semiológico: ambos são códigos onde não-prestação e sanção são articulados

Entre a cadeia de significantes e a de significados repousa uma estrutura *oblíqua* que vem a ser o sistema de relações de significação. Como já foi dito acima, as relações não se dão termo a termo, mas entre sistemas complexos, o que explica a aparente arbitrariedade entre uma ação e uma sanção, evidenciada além das reconceptualizações que a legitimam

num dado complexo ideológico. Aí, neste conjunto estruturado, se acha o objeto da Ciência Jurídica.

Como visto, o ritual é a atualização de um esquema conceptual, reflexivamente disposto, visando exatamente à revelação da estrutura que lhe dá origem. A lei, esquema consciente, considera, simétrica e inversamente, uma ação para atribuí-la um significado, isto é, para considerá-la significante. O rito conscientiza uma estrutura, a lei estrutura uma ação, dotando-a (ou não) de pertinência.

Em suma, o mito significa uma ação, a priori, a lei o faz a posteriori; o mito surge à consciência como significado, a ação submetida à lei como significante.

Porém o ponto comum é o relacionamento entre um dado de superestrutura e uma prática: o ritual exprime indiretamente uma mítica, o Direito (considerado como estrutura que tem como termos o sistema de ações significantes e o sistema de ações significado) expressa diretamente uma ideologia. Portanto, como *fonologia*, o Direito age em nível microsociológico, pressupondo não só uma infra-estrutura, como uma ideologia da qual é a expressão consciente, e como qualquer ciência das superestruturas, o esquema conceptual que, senão imutável e comum a todos os povos, é merecedor de uma análise profunda de sua permanência, relativa ao estágio de desenvolvimento da humanidade.

A tarefa inicial, portanto, é descobrir na totalidade significativas, as relações subjacentes, as oposições entre elementos minimais, revelados pelas modalidades, limitadas como qualquer totalidade por sua pressão interna, de termos diferenciais cuja expressão é *prestação não-prestação*. Não é nunca demais lembrar que uma das conquistas da antropologia moderna, a revelação do principio de reciprocidade que governa as relações intersubjetivas, é um dos mais antigos ditados jurídicos: *Jus et Obligatio sunt correlata*.

A Causa e a Autoridade (Porque Direito não é Ciência)

Denis Borges Barbosa (1980)

Decifrar e Agir

“Oh, as leis são belíssimas” (1). José Dias tinha razão de adotar a escolha de Bentinho, pois o Direito, “as leis”, eram a passagem certa para a política, a fama, o poder. Como o Sergeant of the Lawe, de Chaucer, José Dias podia prever um Bentinho bacharel, o qual, “for his science and for his height renoun of fees and robes hadde he many oon” (2).

Mas o que eram “as leis” de José Dias? Eram as Ordenações do Reino, o Direito Comercial e Leis de Marinha, de Cayru, mas também era o Foro, a Câmara, o escritório de advocacia, a cátedra em São Paulo ou Recife; das “leis” viviam desde o juiz de paz de Martins Pena até o meirinho Leonardo das **Memórias de um Sargento de Milícias**; e doutrinavam sobre as “leis” o Conselheiro Ribas, Teixeira de Freitas e Trigo de Loureiro. Em suma, era o Direito positivo, a doutrina e a prática profissional, que na época incluía da advocacia e da magistratura à administração e à política, do magistério e do trabalho doutrinário às profissões auxiliares.

Este campo tão díspar constitui-se num objeto impossível para o estudioso. O conhecimento, ainda que meramente descritivo,

desta noção de senso comum, exigiria uma ciência vastíssima, a qual, como o mapa da china de que fala Borges, teria as mesmas dimensões do território reproduzido, e seria de uma inutilidade proporcional.

Felizmente, o próprio objeto se particulariza, subdivide-se, autonomiza-se em subsistemas que vão perdendo a amorfia e ganhando em clareza conceitual. Os teóricos do Direito, operando no interior deste fenômeno social complexo do qual se fala, estabeleceram eles próprios as distinções que, por sua origem, têm as vantagens da minúcia e da sensibilidade. Vantagens, porém, contrabalançadas pela excessiva proximidade do analista e de seu objeto; o sábio é tão vizinho de sua sapiência que um e outro se confundem, e o conhecimento se reduz a quase um solilóquio.

O Direito, desta forma, se divide ele próprio, refugando em primeiro lugar os aspectos profissionais e seus condicionantes políticos e econômicos. O jurista não reconhece como objeto de seus cuidados teóricos o volume dos honorários, ou a função social da prática profissional jurídica, e tanto se lhe dá que o bacharel de 1930 divirja do advogado de empresa de 1979. Em seus encontros com os colegas nos corredores do Foro, tais questões poderão ser tema de conversa; haverá inspiração, no assunto, para artigos nos jornais reclamando da aviltação do status do advogado; haverá razão para atividade sindical ou no interior das organizações profissionais; mas o jurista não reconhece tais problemas como “de Direito”.

Este mesmo jurista, principalmente num sistema de tradição continental, terá também dificuldade de reconhecer como “de Direito” questões de política, de economia, de filosofia, ou de História, que determinam a formação e modificação das normas de conduta da sociedade em que vivem. No sistema anglo-americano, onde existe uma atividade criadora de Direito mais pronunciada por parte dos técnicos e magistrados, o limiar

é menos claro, e a noção de “jurisprudence” abarca regiões que seriam consideradas pré-jurídicas por profissionais formados na tradição romanística.

Também pré ou pós-jurídicas são consideradas as questões relativas à eficácia social do Direito, à realidade do império das leis, à operatividade dos mecanismos institucionais da Justiça. O jurista, ainda que utilize os danos produzidos por pesquisas realizadas nestes campos para adquirir uma visão crítica do seu universo profissional, sempre terá a noção da exterioridade dos mesmos ao corpo de noções que aprendeu na Faculdade, como sendo o “Direito”.

Das “leis belíssimas” de José Dias, em sua conotação vasta, ficamos assim reduzidos a um domínio restrito, que é o que o jurista reconhece como sendo o seu campo de conhecimento, objeto da prática doutrinária dos doutores em leis. A especificidade desta percepção se tornou mais aguda após a proposta teórica de Hans Kelsen, mas pré-existia ao professor da Universidade de Viena. Para não se ir mais longe, no Direito Civil Brasileiro, do Conselheiro Ribas (3), obra de 1880, o autor, após dar uma evolução histórica da noção de Direito, apoiando-se nas velhas distinções entre moral e norma jurídica, e entre sentimento filosófico do justo e existência social do fenômeno, introduz a noção romanística da jurisprudência.

Ribas define como tal a “ciência do Direito unida ao hábito de aplicá-la”. A jurisprudência constaria, em sua parcela de “ciência”, da dogmática do Direito (“o conhecimento do Direito realmente existente em certa nação, e o verdadeiro sentido de seus textos”), da filosofia do Direito (“a crítica do Direito positivo”) e da história do Direito (“o conhecimento das fontes do Direito e das transformações por que têm passado”). Em sua vertente prática, a “jurisprudência” abrangeria a resposta às consultas, a advocacia forense e à atividade do magistrado. Os práticos do Direito, para Ribas,

seriam **leguleios**, se conhecessem os textos da lei, sem saber interpretá-las; seriam **jurisperitos**, se conhecessem os textos e sua verdadeira interpretação, mas não aplicassem seu conhecimento; seriam **rábulas**, os aplicadores que ignorassem a interpretação e a “teoria científica”; e apenas mereceriam a designação de jurisprudentes os que reunissem “a ciência do Direito à perícia na sua aplicação”.

O sentido estrito de “Direito”, a que se chegou até aqui, é precisamente a noção de Ribas nos dá da definição romanística de jurisprudência. Como se pode perceber, é uma técnica de interpretação de uma mensagem cultural pré-estabelecida, com vistas à aplicação política desta decifração. O processo comportaria um momento semiológico, de compreensão do enunciado jurídico aplicável à situação, e de um momento pragmático de atuação social, nos parâmetros e no sentido indicado pelo enunciado decifrado, enfatizando-se que é o segundo que determina a razão de ser do primeiro.

O “Direito”, assim, tal como naturalmente determinado pelo jurista, advogado ou magistrado, é um conjunto de “regras da arte” da atuação social confiada aos profissionais da área. Como “regra da arte”, seu objetivo não é o conhecimento em si, e nem o conhecimento aplicado; visa, antes, à busca de uma fonte de autoridade. Tal acepção, embora talvez excessivamente restrita, e sofrendo do pecado imperdoável de seu comprometimento epistemológico, representa a visão de si e de seu desempenho profissional, do jurisprudente de que trata Ribas, ou seja, do jurista, advogado ou magistrado que sai da Faculdade de Direito e entra na prática de seu mister.

As Regras da Poiesis

O aporte do exemplo musical é particularmente útil para se iluminar o sentido da expressão “regras da arte”, acima aplicada à jurisprudência. Ao contrário do que pensam os juristas, advogados e magistrados, a natureza da relação do corpo de doutrina jurídica com sua prática profissional não é *sui generis*; ao contrário, apresenta semelhanças flagrantes com a relação entre os conhecimentos e normas de uma arte e a atividade do artista. Neste sentido, os estudos de Zarlino ou Rameau (que escreveu um Código de Música Prática em 1760) são tanto exercícios de uma “ciência normativa” quanto o são os livros de Savigny ou Jhering.

Para que se ressalte as correspondências é necessário descer aos textos da “ciência da música”. Comece-se, pois, da definição de Música - “a arte e a ciência da expressão sonora” (4); posta lado a lado com a definição de Celso: **jus est ars boni et aequi**; ou com a de Ulpiano (de jurisprudência): **justi atque injusti sciencia**. Ambas as disciplinas se atribuem, assim, o estatuto ao mesmo tempo de arte (**ars**, do mesmo radical que **armus**, braço) e de ciência; ou seja, uma maneira ou habilidade de fazer algo, e de um conhecimento, ou sabedoria, de um objeto.

A história da Música pode ser, e tem sido, uma história interna da linguagem musical; o que nela se lê é a evolução das formas musicais, a passagem do contraponto imitativo ao **recercare**, e a transformação do **recercare** em fuga. Embora os textos especificamente destinados à história do Direito tendam a renunciar ao estudo histórico em favor de uma mera historiografia externa, descritiva, existe muito boa história nos estudos monográficos sobre institutos jurídicos específicos, nas mesmas condições que os existentes no campo musical. Mesmo levando-se em conta a maior abstração da História da

Música, pode-se admitir que, neste ponto, não se vê diferenças significativas entre os dois procedimentos.

A filosofia da Música desempenha precisamente o papel que Ribas reserva para a filosofia do Direito - a crítica das formações estéticas vigentes. É o que fazem, incisivamente, textos como **Penser la Musique d’Aujourd’hui**, de Pierre Boulez (5), ou, no passado, a parte substantiva dos *Nouveau Système de Musique Théorique*, de Rameau (6). Mais uma vez, assim, as parcelas equivalentes da teoria do Direito e da Música são análogas.

É no segmento da Teoria da Música que corresponde à dogmática jurídica que encontramos com maior clareza a elaboração de uma dita “ciência normativa”, ou seja, a formulação de regras da arte com base em um sistema logicamente construído. Tal sistema, relacionando mutuamente cada um dos seus institutos ou procedimentos com todos os demais, funciona como se fosse uma linguagem autônoma, da qual as regras explícitas são a gramática.

Tomemos, por exemplo, as **Règles de Composition**, de Marc Antoine Charpentier (1692) (7). O procedimento seguido pelo autor é de expor as normas de harmonia e contraponto usualmente aceitos na Europa Ocidental na época, para o tipo de música consumido pela nobreza e na igreja, na forma de preceitos normativos. Ao explicar porque se usam tonalidades diversas, Charpentier escreve:

“O primeiro motivo é tornar a mesma melodia possível de ser cantada por todo tipo de vozes; o segundo motivo é expressar as diferentes emoções, para o que as tonalidades são apropriadas”.

O mesmo tratamento recebe a questão do vibrato em Tartini (8):

“Este tipo de ornamento é, por sua natureza, melhor adequado a instrumentos do que à voz (...) Este ornamento

produz um excelente efeito na nota final de uma frase musical, se esta frase não é tão longa”.

E, ilustrando como autores da Teoria da Música estabelecem sua “ciência normativa”, um trecho do “**Ensaio sobre a Verdadeira Arte de Tocar Instrumentos de Teclado**”, de K.P.E. Bach (9):

“Dobrar em uníssono é muitas vezes preferível do que fazê-lo em oitava, pois isto ajuda a manter a posição conjunta e resulta em melhor tratamento da soprano”.

Como se pode ver, os trechos citados constituem-se em normas de procedimento com vistas à otimização de um resultado; ou, na nomenclatura conhecida aos juristas, normas técnicas. No entanto, a valoração do resultado presume um sistema de padrões, uma linguagem constituída em relação a qual se poderia conceber purismos e solecismos. Desta forma, a “ciência normativa” musical deverá compreender tanto o estudo do sistema quanto os procedimentos adequados para a plena realização daquele.

Ora, o sistema de que se fala, em Música, é a matriz dos traços comuns existentes nas obras produzidas num determinado local e período. É, por exemplo, dos começos do século XVI a fins do século XIX, o sistema tonal europeu, como fôra do século VII, aproximadamente, até o século XVI o sistema modalístico medieval. Sobre esta base estrutural ocorreram modificações de ciclo mais curto, ou localizadas geograficamente, como o maneirismo de Gesualdo, o estilo italiano, o estilo francês, o estilo galante, que são apenas formas de utilização estilística de uma linguagem comum a todo período.

Assim, as normas da dogmática da Música se referem à gramática desta linguagem básica, e também à estilística de um Sub-período. A distinção que se faz, aliás, entre os dois níveis, não é sentida pelo dogma, escrevendo na época sobre a música

que ele conhece, já porque lhe falta perspectiva dos traços constantes, imutáveis durante o período interno, já porque em Música, como em todas as artes (embora talvez não na prosa literária), as mudanças de estilo precipitam mudanças de linguagem, mas principalmente porque esta distinção é inútil para a dogmática.

Observe-se que o estudo da dogmática da Música é diferente da análise da estética musical. Aquela disseca o sistema para criar normas de composição ou de execução, enquanto a estética tem por finalidade o conhecimento do sistema por ele mesmo. O dogmata musical Tartini aconselha a fazer vibrato na última nota de uma frase: um esteta descreveria a utilização do vibrato como recurso expressivo na música italiana, correlacionando-o talvez com a utilização de cordas de tripa, ou com a influência do bel-canto no estilo instrumental.

Da mesma forma que quanto à jurisprudência de Ribas, a utilização judiciosa da dogmática musical, da filosofia musical, e da história musical são essenciais ao bom musicista, mas a luz que tais estudos trarão terá o propósito de fazer que o compositor crie, ou o intérprete execute os textos musicais, de uma forma expressiva e idiomática, ou seja, dentro do sistema vigente. O corpo de conhecimentos reunidos pela Teoria da Música, examinado sob a ótica do teórico ou do prático musical, seria uma “ciência da música, unida ao hábito de aplicá-la”.

Para resumir, os sistema vigente numa determinada conjuntura histórico-musical equivale-se à noção de Direito positivo, como a dogmática musical é análoga à dogmática jurídica, uma como a outra interpretando o sistema para iluminar a norma. A “ciência” para a Música ou para o Direito é apenas um instrumento da arte, e, na verdade, não é ciência em seu sentido próprio, já que seu fim não é **conhecer**, mas instrumentar o **fazer**.

A Regra da Auctoritas

Tomemos como exemplo o artigo de Fábio Konder Comparato, “Da licitude da participação da sociedade de capitais em sociedade de pessoas” (10). Começa o autor precisando a fonte da distinção sociedade de capitais / pessoas, conceito básico de seu artigo: não está em lei, sendo criação doutrinária. Imediatamente, Comparato cita um autor clássico, que se opõe à distinção, e argumenta, sustentando sua validade, que

“para que os argumentos jurídicos sejam admitidos, na norma ou na argumentação, não há necessidade de se lhe demonstrar uma base ontológica, nem mesmo uma verdade lógica. Basta que apresentem um valor pragmático, isto é, que sejam funcionais ou operacionais, auxiliando na aplicação da norma aos casos concretos”.

Comparato passa, a seguir, a esclarecer a aplicabilidade da noção: há, diz ele, um consenso que algumas sociedades podem ser classificadas como “de pessoas”, e outras tantas como “de capitais”, mas certas sociedades não recebem classificação fácil. Para clareza do argumento desenvolvido, o artigo passará a analisar a participação de uma sociedade pacificamente considerada “de pessoas”. Como não há nem doutrina nem norma brasileira sobre a questão, passa-se a discutir o tema com base no Direito estrangeiro.

Estudando os vários sistemas jurídicos, Comparato verifica o texto legal, apoia-se nos interpretadores locais, estabelece a jurisprudência dominante e raciocina com base na doutrina existente. Após o exame extenso do material, o autor constata que o tema recebe tratamento divergentes no vários países, umas vezes sendo regulado em lei, outras apenas afluído pelas doutrinas, outras ainda recebendo uma análise jurisprudencial cuidadosa. Da mesma forma, as soluções do problema são distintas, alguns sistemas optando por permitir a prática, outros proibindo, em outros existindo conflito entre as fontes - a jurisprudência sancionando, a doutrina recusando.

Comparato chega, desta forma, à conclusão de que “não há nenhuma impossibilidade de natureza, ou essencial” que vede a participação de sociedades de que trata. A possibilidade deve, assim, ser pesquisada não na lógica abstrata, mas no sistema concreto. É o que passa a fazer, então, no Direito brasileiro. Como já se disse, não existe previsão legal, a análise procede pela busca de incompatibilidades entre a lei nacional e a participação societária proposta.

Tal busca se faz da seguinte forma: examina-se o texto legal regulando as sociedades anônimas, e, a seguir, o que rege as sociedades em nome coletivo, paradigmas escolhidos para as sociedades “de capitais” e “de pessoas”; faz-se uma interpretação compreensiva do texto, levando em conta os aspectos históricos, semânticos, sistemáticos, etc.; examina-se as objeções passíveis de ser propostas ao raciocínio do autor, ao nível do Doutrinário, argumentando-se com a lógica do sistema jurídico e as normas em vigor; e chega-se, enfim, à conclusão de que, no sistema brasileiro, é lícita a participação de sociedades “de capitais” em sociedades “de pessoas”.

A descrição acima tenta analisar os procedimentos de um dogmata na criação de noções jurídicas. O raciocínio inicia-se pela colocação de uma questão no interior de um espaço problemático que não é especificamente designado; o autor não indica: “nos termos da dogmática jurídica, e dentro do sistema brasileiro, especialmente do subsistema comercial...”. O espaço problemático é designado contextual e tacitamente.

A questão, por sua vez, foi construída a partir de noções elaboradas pela própria doutrina, e aceita como pressuposto do raciocínio por força da autoridade que deriva da opinião predominante dos especialistas. Em outros casos, o problema é formulado à luz de uma norma vigente, ou se baseia na lei concreta, indutiva, que resulta da reiteração de decisões judiciais semelhantes. De qualquer maneira, a eleição de um

conjunto de abstrações do pensamento jurídico para servir de cimento e argamassa de um problema da dogmática depende, fundamentalmente, da autoridade da fonte; e esta não é uma autoridade epistemológica, proveniente do valor das provas experimentais, ou do encadeamento lógico do raciocínio. Resume-se, como frisa Comparato, numa capacidade objetiva de prevenir ou solucionar conflitos.

Em resposta a esta questão, tece-se um discurso lógico cujos pólos são a norma em vigor e o sistema do Direito. Tal sistema surge no artigo de Comparato, quando ele se refere à existência de uma “impossibilidade de natureza ou essencial”, pois os vários sistemas legais concretos examinados dão soluções diversas à questão; tal como enunciado, o sistema é supra-estatal, e inclui aquelas abstrações jurídicas “de natureza ou essenciais” que resistem aos interesses divergentes dos Estados Nacionais, pelos seus poderes intrínsecos.

Surge, igualmente, a noção de sistema quando o autor classifica a lei suíça tratando o tema de “excepcional”, pois fugiria ao padrão do “Direito comum suíço” em matéria societária. O sistema, aí, é a coerência e organicidade do todo da lei, doutrina, jurisprudência, enfim, do Direito nacional, havendo uma regra genérica quanto à questão societária, a qual seria compatível com o sistema, enquanto que a norma específica, escapando ao princípio genérico, se distanciaria também da tendência do sistema.

No caso do artigo, analisa-se uma hipótese em que não há previsão legal da figura de participação societária em questão. No silêncio da lei, medem-se as propensões e rejeições do sistema, para verificar a compatibilidade do instituto com o Direito. A força do sistema, em contraposição com a lei, é

ilustrada quando Comparato lembra que, apesar do texto explícito do Código Comercial em contrário, o Direito construído desde 1850 (sem que, tecnicamente, revogasse ou ab-rogasse o preceito codificado) considera as sociedades em nome coletivo como pessoas jurídicas.

Não se pode, porém, desprezar a autoridade da lei, como presença coativa, em face a um sistema jurídico que atua, como paradigma coerente, ou pelo menos tendencial, através de sua ausência. Os exemplos legislativos recentes, no caso brasileiro, bastam para provar o predomínio relativo da lei sobre o sistema, se bem que o investimento em coação estatal necessária para assegurar a supremacia da norma editada também ressalte o peso da estrutura do Direito como um todo (a par do da sociedade civil) resistindo à regra excepcional.

A observação de Comparato, de que não importa a ontologia ou a logicidade de um “conceito” jurídico, mas sim sua aplicabilidade, encontra respaldo nos pensadores jurídicos. Fernando Coelho (11) nota:

“de um lado, a verdade jurídica ressurgue como algo ínsito nas normas jurídicas, na medida em que se admite corresponderem elas aos postulados da razão ou à vontade de Deus, ou ambos; no outro extremo, admite-se a funcionalidade das expressões jurídicas, de modo geral, como critério **ideológico** da verdade, isto é, ela se confunde com a **eficácia** do Direito no sentido do **justo**.”

É, sempre, a noção de “regras da arte”.

Ora, se o valor e a verdade de um “conceito” jurídico independem de sua existência ôntica, e mesmo de sua logicidade, qual o sentido de construir um sistema e um discurso “científico” em matéria de Direito? A resposta está em que o discurso do Direito não visa ao conhecimento ôntico, ou à simples verdade lógica, mas sim à criação de uma **autoridade** nova. O trajeto do discurso vai de um ponto de

partida, que é um núcleo de autoridade, a seu objetivo, que é a instituição de outra autoridade.

Tal se torna possível, pois o discurso da dogmática não se destaca do objeto de que fala; no dizer de Fernando Coelho (12), “a jurisprudência, na acepção tradicional de ciência jurídica em sentido estrito, identifica-se com seu próprio objeto, o Direito”. E, ainda, do mesmo autor:

“se o plano científico envolve o conhecimento que (se) exerce de um ângulo externo, como observador que contempla o objeto dotado de juridicidade, o plano dogmático transporta o jurista para dentro do processo existencial do Direito, vale dizer, como alguém integrante da própria juridicidade”.

E, por fim:

“Nesse processo, o sujeito cognescente é parte do objeto, isto é, integra o fenômeno à medida que o conhece”.

Assim, à medida que se tece, o discurso que fala o Direito torna-se Direito, e adquire a autoridade do seu objeto. Evidentemente, a autoridade resulta, em última análise, da compatibilidade do enunciado específico com o sistema, mesmo se se levar em conta a ação daquele sobre este, como parte do desenvolvimento do Direito. como nota Carlos Maximiliano (13), em seu livro clássico, a opinião revolucionária e isolada de um jurista não pode ser tomada como fonte de Direito. Não é a toa que o Direito, em sua acepção tradicional, se alimenta com “os tópicos ou lugares comuns, a dialética, o bom senso, a razoabilidade, o senso de equilíbrio, a equidade, a **prudência**, restaurando a antiga concepção de Direito como **juris prudentia** (14).

A Causa e a Autoridade

Na seção anterior, já se identificaram as razões pelas quais a produção de um dogmata se distancia da prática de um

cientista. Não só a construção do objeto é diferente, como também o espaço em que se desloca o discurso da dogmática é outro. No nível subjetivo, o jurista é parte de seu conhecimento, pois o pensamento jurídico traduz-se em vivência; tal conhecimento é autocentrado, e não se distingue neste ponto daquilo que classicamente se denomina “ideologia”. No nível do episteme, o discurso é automotivado e auto-referencial, no narcisismo do que, uma vez mais, a teoria das ciências chama de “ideologia”.

De outra parte, a dogmática não visa à atuação no nível puramente abstrato, como o faz a ciência e, pelo menos à luz de suas propostas assumidas explicitamente, a ideologia. Não se entende a jurisprudência sem a interpenetração da “ciência” e do “hábito de aplicá-la”. A **poiesis** é a justificação da **auctoritas**, e a “ciência” é uma produção de **auctoritas**; o que é o mesmo que dizer: o pensamento jurídico **serve** para criar normas, e as normas criadas pelo pensamento jurídico **servem** para atuações sociais concretas.

Desta maneira, compartilhando da ideologia o processo de conhecimento auto-centrado, a dogmática participa da técnica na sua forma de criar conhecimentos para uma aplicação prática concreta. É o que faz Fernando Coelho (15) dizer:

“...é infundada a separação, no campo do Direito, entre a ciência e a técnica, pois o pensamento jurídico é essencialmente o mesmo, quer no plano da aplicação dos produtos desta aplicação”.

Neste contexto, como aplicar o arsenal metodológico das ciências naturais, ou mesmo da panóplia própria das ciências sociais, ao Direito, mormente no sentido restrito da dogmática? Como utilizar os métodos de formulação de hipóteses e de comprovação das relações de causalidade entre uma variável independente e seu resultado, numa prática cujo propósito é a produção de autoridade?

Em certos segmentos da jurisprudência, como, por exemplo, na História Externa do Direito, não haveria talvez razão para não se aplicar os métodos científicos. O material a ser estudado não difere, por exemplo, do objeto da lingüística diacrônica, e, como já se viu, é análogo ao objeto da História da Música. No entanto, mesmo aí a atuação dos métodos científicos teria um efeito diverso, senão contrário, ao que tem no seu campo próprio. Por exemplo, o estudo que Savigny fez, quanto ao instituto da posse no Direito Romano, assumiu-se como um trabalho científico, de propósitos históricos. Porém, a colocação do problema, no interior e para os fins da jurisprudência (“ciência” e “hábito de aplicá-la”) deslocou a validade científica que pudessem ter seus achados para um contexto dogmático.

Pode-se ilustrar as conseqüências deste deslocamento com o conceito de verossimilhança, da teoria literária. A figura histórica de Napoleão, um homem nascido na Córsega e falecido em Santa Helena, que foi imperador da França, preenche o personagem Napoleão de Tolstoi, em **Guerra e Paz**. O reconhecimento da pessoa empírica, histórica, contribui para a atmosfera do romance, mas o Napoleão de Tolstoi só existe no texto literário, e é construído para os fins literários. A tentativa de fazer corresponder o homem com o personagem resultaria em enfraquecimento do efeito estético; reversamente, um estudo histórico baseado no personagem seria um absurdo epistemológico.

A verossimilhança vem a ser exatamente o aproveitamento estético desta presença de um mesmo elemento no mundo empírico e no universo romanesco. A fruição de um texto de ficção necessita de pontos de apoio, de pontes entre o mundo do leitor e o do romance; ao atravessar a ponte, e ao ter consciência que na outra margem, o Napoleão dos livros de História tem um outro **valor**, o valor que lhe atribui o sistema ficcional do livro, o leitor percebe que este sistema é diferente

da estrutura do universo empírico. A eficácia da obra depende exatamente deste reconhecimento, pelo leitor, de que a narrativa é criação, e não descrição de fatos históricos.

Como já visto, quando tratávamos das analogias e diferenças entre as regras da arte musical e as regras da arte do Direito, uma coisa é o efeito estético, e outra é o efeito de autoridade. Pode-se mesmo dizer que, na aplicação do conceito de verossimilhança, os efeitos são opostos. A jurisprudência toma o dado científico e o aproveita, retirando dele o benefício da autoridade científica; autoridade, porém, que só existe quando o dado está integrado no discurso da sua ciência de origem. De maneira contrária ao efeito estético, que é o efeito de reconhecimento da ficcionalidade de uma obra, o efeito de autoridade depende, neste caso, de se obscurecer a impertinência, a não integração do dado no sistema.

O efeito de autoridade aí é possível porque a jurisprudência, em sua vertente “científica”, surge como uma construção coerente, lógica. No dizer de Dante (16), “todas as coisas são arranjadas segundo uma certa ordem, e é esta ordem que constitui a forma pela qual o universo assemelha-se a Deus”. A coerência do sistema jurídico corresponde à ordem natural, e também à ordem da ciência. O dado transplantado está assim valorado como se estivesse no sistema em que foi produzido; há uma verossimilhança de autoridade científica, resultante do poder intrínseco da logicidade e da correspondência.

Desta forma, a utilização da metodologia de pesquisa científica em Direito, naquilo que o jurista, o advogado e o magistrado reconhecem como sendo o Direito, tem como resultado a produção de autoridades, ou seja, algo muito diverso do efeito de conhecimento que seria o propósito da ciência.

Isto não torna o campo de atividade social coberta pela jurisprudência imune ao conhecimento científico. Como já notamos anteriormente (17), o Direito pode ser objeto de uma ciência, e é suscetível de uma dupla abordagem: ao nível da prática reconhecida pelos jurisperitos como sendo o Direito, através de uma teoria das ideologias; e ao nível “fonológico”, de oposições significativas básicas, por uma teoria que tomasse o espaço social em que atua o Direito como seu objeto. Tal teoria seria obrigada, porém, a construir seu objeto, sem levar em conta as noções do pensamento jurídico, a não ser como dados fenomênicos; os procedimentos da antropologia e lingüística seriam instrumentais para a constituição desta nova ciência, merecidamente uma ciência do Direito, embora não uma “ciência” jurídica.

Em qualquer das duas abordagens, o jurisperito, advogado, consultor ou magistrado estaria alheado desta ciência, pois nada há de mais distante da tarefa de um profissional cujo fim é prevenir e remediar conflitos sociais do que a elaboração de um conhecimento em si, sem desenvolver “o hábito de aplicá-lo”.

Notas

- (1) Machado de Assis. Dom Casmurro, Liv. Garnier, p. 79.

- (2) Geoffrey Chaucer. The Canterbury Tales, Ed. Enciclopedia Britannica, 1952. p. 169.
- (3) Ed. fac-simile, Ed. Rio, 1977.
- (4) Musical Terms, Grosset & Dunlap, 1947.
- (5) Ed. Gouthier, 1963.
- (6) Fac-simile, Broude Brothers, 1967.
- (7) The Consort, no. 24, 1967
- (8) Early Music Laboratory, 1970.
- (9) Eulemburg, 1974, p. 218.
- (10) Revista de Direito Mercantil, no. 28, nova série.
- (11) Fernando Coelho. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Forense, 1979, p. 21.
- (12) Fernando Coelho, idem, p. 14.
- (13) Carlos Maximiliano,. Hermenêutica Jurídica. Forense, 1979.
- (14) Fernando Coelho. op. cit. p. 16.
- (15) Fernando Coelho. Op. cit. p. 14.
- (16) Dante. A Comédia Humana, O Paraíso. p. 1103.
- (17) A Ciência do Direito, in Revista Vozes. LXVIII, no. 3.

O Direito e a ubiqüidade

A Propriedade Intelectual, entre os vários ramos do Direito, nasceu com pretensões à ubiqüidade: pela sua racionalidade econômica, a proteção tem de ser internacional para ser viável²⁴⁷. A intangibilidade de seu objeto leva naturalmente à exigência de uma proteção internacionalizada, se possível unificada: é esta a demanda dos titulares dos respectivos direitos.

Com a emergência da Internet, a questão da ubiqüidade toma porém nova forma. A omnipresença já não é só, em potência, do *objeto* do direito, mas também, através de seu suporte físico, do *sujeito*. O espaço do sujeito do direito passa a ser *em todo lugar*, ou antes, em um *locus* virtual, que não corresponde a nenhum ponto do universo físico. Daí, o neologismo – ciberespaço.

Cavalo doido na Internet

Os impasses e controvérsias que cercam nosso tema são particularmente evidentes em uma questão recentemente resolvida no 8º Tribunal Regional Federal dos Estados Unidos, quanto à matéria de competência do tribunal tribal dos índios

247 Vide o nosso “Uma Introdução à Propriedade Intelectual”, Lumen Juris, 1997, vol. I, p.52, no qual se remonta à preciosa análise de Edith Penrose, no seu “La economía de Sistema Internacional de Patentes”, Ed. Siglo Vinteuno, 1973.

Sioux ²⁴⁸. Tal tribunal tem competência mesmo sobre não índios, naquilo que se refira à saúde e bem estar da tribo, quando pertinente ao território da reserva.

A questão era do uso da marca “Crazy Horse”. O chefe Crazy Horse, ou melhor, Tasunke Witko, que morreu em 1877, é a figura tutelar da tribo Oglala, da nação Sioux, e a ação foi proposta pelo inventariante de seu espólio, contra uma fábrica de bebidas, a qual não tem fabricação nem venda direta no território da tribo. O único contato da marca com a tribo era o acesso da mesma via Internet.

O tribunal federal americano entendeu que o simples acesso à marca via Internet não era um ponto de contato suficiente para justificar a competência territorial e funcional da corte tribal. Tal contato não se diferenciaria, no entender do acórdão federal, do que resultaria de uma simples divulgação da marca pelo rádio ou TV, o que não satisfaz, segundo o Direito pertinente, os requisitos constitucionais relativos à competência em processo civil.

Os tribunais americanos tem lutado com problemas como este, para definir em cada caso a satisfação dos requisitos constitucionais de competência segundo o direito daquele país, o qual exige, seja no tocante à demarcação dos tribunais estaduais, seja no tocante à competência federal, a existência de um contato mínimo entre o foro e as circunstâncias do caso ²⁴⁹. Aplicando, na medida do possível, os critérios tradicionais de

248 *Hornell Brewing Co. v. Seth Big Crow* Court of Appeals for the Eight Circuit, 14 January 1998, Case No. 971242.

249 Vide Dan L. Burk, *Jurisdiction in a World Without Borders*, 1 V.A J.L.& TECH. 3 e Abel e Ellerbach, *Trademark Issues in Cyberspace*, manuscrito, 7 de novembro de 1997.

fixação de competência territorial, os juízes americanos tem suscitado a pertinência de determinados fatores específicos à Internet, como a interatividade de um *web site*, ou o direcionamento do fluxo de comunicação a um determinado território, ou a previsibilidade de efeitos em face de determinada jurisdição.

Neste sentido, a tendência dos julgados – tanto americanos como de outros países- parece ser a de que não se deva usar a Internet como pretexto para escapar às noções tradicionais de competência territorial ²⁵⁰. A modificação de tais conceitos tradicionais deve ser trabalho do Legislativo ²⁵¹. Aqui, como em tantas áreas da fronteira do Direito, se verifica a elasticidade própria da estrutura normativa que, antes de criar um segmento específico, tudo faz para recuperar ao bojo do direito comum o que surge de novo e peculiar. Tal recuperação é tanto mais ativa quanto representa a aplicação de preceitos constitucionais relativos ao devido processo legal.

O que é a Internet

A Internet não é um local físico: como uma rede gigante que conecta grupos inumeráveis de computadores interligados, é uma rede de redes, constituindo um lugar virtual sem fronteiras físicas nem correlação com o espaço geográfico. Seu tamanho varia a cada momento, e enquanto em 1980 ele compunha-se de 300 computadores, nove anos depois tinha 90.000, em 1993 um milhão, em 1996 9.400.000, em 1999 estima-se que duzentos milhões de pessoas venham a ter acesso à rede.

250 *Edias v. Basis Intl., Ltd.*, 947 F.Supp. 413 (D.Az. 1996)

251 *Telstra Corporation Limited v. Australasian Performing Right Association*, High Court of Australia, 14 de agosto de 1997.

Algumas das redes elementares são constituídas pelos Governos nacionais e subnacionais, algumas por instituições não governamentais, outras por empresas, o que cria um espaço comum onde o público em geral, o setor estatal e os interesses privados podem trocar informações imediata e irrestritamente. A estrutura da rede permite que tais informações seja abertas a todos ou limitadas somente aos interessados em determinadas matérias.

Nascida em 1969 como parte de um projeto de interesse militar, a Internet opera como uma série de ligações entre computadores, de caráter descentralizado e auto-sustentável, sempre com redundância, de forma a transmitir comunicação sem interferência humana direta nem controle, e com redirecionamento automático do fluxo se um dos nódulos ou muitos deles estivessem danificados ou desativados. Assim, na hipótese de guerra ou acidentes não haveria interrupção na comunicação.

Do seu início militar, a rede migrou para um sistema de intercomunicação de interesse da pesquisa científica, permitindo acesso a grandes computadores por todos os participantes de seu sistema. Na época, como agora, uma rede local de uma universidade se ligava muitas vezes por linha telefônica dedicada, mas também pela comum, a outras redes de outras universidades na mesma região ou não, e o acesso à informação se dava por qualquer dos caminhos da teia. Assim, uma mensagem entre duas cidades contíguas pode circular por regiões distantes, até mesmo pelo outro lado do mundo, em questões de segundos. Mesmo partes de mensagens, que são separados em pequenos pacotes, podem circular por caminhos diversos, sendo reunidas no destino, conforme haja congestionamento nas rotas do fluxo.

Da rede original (ARPANET) criaram-se outras similares (BITNET, USENET, etc.) que terminaram por unir-se todas

umas às outras. Esta pluralidade, e a natureza autônoma da rede em seu conceito básico, resultou em que não haja um dono ou administrador da Internet. Centenas de milhares de operadores mantêm suas próprias redes elementares de forma independente, tendo entre si apenas protocolos comuns de comunicação e informação. Não há uma central de armazenamento de informações, nem ponto de controle, nem canal de comunicação próprio para a Internet, e não há viabilidade técnica para criar tal central.

Há dois modos principais de se acessar a Internet. Primeiramente, através de um computador que esteja permanentemente ligado à rede – os provedores de acesso; mas também se pode acessar, via *modem* um destes computadores-provedores, tendo-se mediatamente acesso à rede. Dessa última forma, os milhões de usuários individuais entram na rede quando necessitam, sem criar estruturas permanentes de interligação. Universidades e empresas, que mantêm provedores diretos, possibilitam assim o acesso de outros milhares ou milhões de pessoas. Muitas empresas são constituídas com a finalidade específica de prover acesso, contando com outros milhões de assinantes.

Uma vez que se tenha acesso à Internet, há uma variedade de métodos de comunicação possíveis na rede:

mensagem individual (e-mail)

mensagem múltipla (listserv)

base de dados de mensagens distribuídas (como os grupos USENET)

comunicação em tempo real (tal como IRC)

uso remoto de computador em tempo real (do tipo do TELNET)

recuperação de informação remota (como o FTP – protocolo de transferência de arquivos; gopher; e a World Wide Web)

Estes meios, ou uma combinação deles, são usados para transmitir mensagens, sons, imagens, vídeo, etc.

O sistema de mensagem eletrônica é comparável ao envio de uma carta normal. Pode-se endereçar uma mensagem a uma ou várias pessoas ao mesmo tempo, e cada uma das emissões (ou até mesmo uma delas) pode tomar rotas distintas até chegar ao destinatário. Diferentemente do correio, tais mensagens não são protegidas por sigilo, salvo se codificadas.

Mensagens múltiplas são repassadas aos vários interessados num específico tema (como “direito da Internet”, ou “flauta doce”) através de um sistema denominado listserv. Tal sistema permite discussões, abertas a todos participantes, de forma que uma remessa seja reenviada a todos destinatários da lista. Os participantes podem, via de regra, entrar e sair livremente das listas de destinatários, e em algumas delas há moderadores de discussão, que selecionam o tom e o sentido do debate. Há dezenas de milhares de tais listas na rede, sobre os mais variados temas possíveis, reunindo pessoas de todos os lugares do mundo, algumas vezes com excelente nível científico ou tecnológico. Através desse sistema, os participantes podem ter acesso a informação imediata, universal e a mais das vezes inteiramente livre, de forma impossível por qualquer outro meio de comunicação.

Alguns grupos de discussão, ao invés de distribuir as mensagens recebidas, as colocam em bases de dados *on line*, acessíveis a qualquer tempo pelos interessados (USENET). Alguns dos listserv também o fazem, o que permite que, mesmo sem acompanhar dia a dia, ou hora a hora, as discussões, se possa ter toda a informação disponível. Após certo tempo, a informação antiga é eliminada, dando espaço para novos dados. Tal meio permite a publicação de *papers* de

acesso múltiplo, com amplíssimo espaço para discussões. Há mais de quinze mil grupos de USENET, com cerca de cem mil mensagens postadas a cada dia.

Comunicação em tempo real (por exemplo, IRC) ocorre quando dois ou mais usuários intercomunicam mensagens em diálogo imediato, seja por escrito, seja como telefone – se há equipamento pertinente. Alguns sistemas de IRC têm moderadores ou operadores de canal. Tal se dá pelos sistemas de *chat*, ou conversa em tempo real, como ocorre por exemplo em UOL.COM.BR.

Forma similar é o TELNET, pelo qual o usuário ganha acesso aos recursos de um computador remoto, podendo operá-lo através da rede. Como indicado, é um meio extremamente útil para pesquisadores sem acesso imediato a grandes sistemas computacionais.

Três sistemas de recuperação remota de informações são especialmente importantes, por suas repercussões jurídicas. O sistema de FTP permite acesso e *download* ou transferência de arquivos de um computador remoto, podendo o usuário, assim, ter acesso a arquivos e programas existentes num contexto remoto. Tal método permite especialmente a circulação de programas de acesso livre (freeware) ou temporariamente livre (shareware), assim como demonstrativos de programas remunerados, com enormes possibilidades comerciais. Já o sistema *gopher* permite acesso a instrumento de busca de arquivos existentes num computador remoto.

O mais relevante dos sistemas de recuperação de informações remotas, hoje, é o World Wide Web (WWW). Tal sistema permite o acesso a locais virtuais dotados de estruturas de comunicação usando hipertexto, ou seja, vínculos com outros locais, com FTP ou *gopher*, acionados por um simples clique de *mouse*. Assim, o usuário se desloca de um extremo a outro

da rede, inconsciente e instantaneamente, tornando ainda mais ubíquo o espaço virtual.

Embora cada informação específica esteja situada num computador, fisicamente determinado, a interface com o usuário é contínua e ininterrupta. De minha própria página na Internet, sita num computador em algum lugar no Rio de Janeiro, o usuário tem acesso a vários textos acadêmicos, a legislação, e acesso a outros espaços virtuais, através de hipertexto, sites em computadores dos quais nem eu, que elaborei a página, nem muito menos o usuário tem conhecimento da localização. Não só a rede subjacente criou um espaço virtual, como o sistema do hipertexto transformou tal espaço em contínuo e ubíquo enquanto presença. Simplesmente a distância não é relevante: uma página sita no mesmo computador pode levar muito mais tempo para carregar, pois pesada em imagens e animação, do que um *gopher* na Finlândia.

A WWW é uma série de documentos localizados em computadores em qualquer lugar da rede. Eles contêm textos, imagens, sons, animações, vídeo, rádio, etc. O seu elemento essencial é o endereço – algo similar a um número de telefone. Este endereço tem uma expressão numérica, e outra alfanumérica, que pode ser da forma <http://www.unikey.com.br/users/denis>, ou outra similar. Cada endereço destes, que nos sistema de hipertexto pode nem ser transparente ao usuário, representa um destino no deslocamento pela Internet. Via de regra, o vínculo ou *link* do hipertexto é sublinhado ou em azul, e remete ao ser acionado para outro endereço remoto ou não.

A WWW é basicamente uma plataforma para publicação de informações, acessadas diretamente, ou através de vários instrumentos de busca que atravessam toda a *web*, buscando textos ou FTP. Formatadas em um padrão único em toda a

WWW, tais informações estão seja livres a qualquer usuário, ou, em raras ocasiões, sujeitas a código de entrada a usuários específicos. Assim, por exemplo, editores jurídicos podem restringir o acesso *on line* a textos de jurisprudência a seus assinantes, deixando parcelas do seu *site* abertas ao público em geral.

A formatação única de linguagem de intercâmbio de documentos (HTTP) e de formatos de armazenamento (HTML) permitem que computadores diversos, e de outra forma incompatíveis, conversem através da *web*. Como em todo o resto da Internet, não há um centro de controle ou de intercomunicação: toda a informação é distribuída, e não tem naturalmente um *dono*. Nem tem, em princípio, limites de acesso. Ao contrário das antigas bases de dados de acesso remoto (Como a DIALOG, ou, no âmbito jurídico, a LEXIS) a WWW é interligada a toda a rede.

O ônus da ubiqüidade

Como visto, assim, a Internet cria, em si, um espaço não físico, daí *virtual*. É verdade que a informação a que se visa acesso estará em algum computador localizado num espaço real. Mas tal fato não terá necessariamente efeitos jurídicos relevantes.

Uma página na WWW pode estar localizada num provedor que mantenha seu computador em outra cidade, ou outro país; nem mesmo o “dono” da página saberá sua localização. Um programa de computador, objeto de FTP pode estar em várias localizações ao mesmo tempo, replicado em diversos computadores. O processo que leva o acesso de um ponto a outro da rede pode passar por dezenas, talvez centenas de computadores sites em diferentes lugares físicos, dos quais nem o emitente do acesso, nem o destinatário têm qualquer controle.

Se isso ocorre na esfera da realidade, mais ainda ocorrerá no que toca à apreensão do usuário que se desloca na interface contínua da WWW. Tal pode dar-se não só ao nível da interface dentro da *web*, como também no próprio suporte físico de comunicação. Casos judiciais recentes indicam que certos provedores, oferecendo acesso gratuito, na verdade deslocavam imperceptivelmente seus usuários para ligações internacionais para a Moldávia. Tais usuários se viam lendo um documento da WWW aparentemente no Canadá, mas a ligação telefônica subjacente passava pelo outro lado do mundo.

A interface é ainda mais ilusória: o usuário acessa um grupo de entusiastas de um programa de televisão; onde estará o computador onde reside a informação? Ao responder a uma pergunta, é levado a uma editora de livros. Onde estará? Ao escolher um livro específico, é lançado num site de uma livraria. Onde? Ao fazer uma comanda, é lançado num site de outra empresa, que fará a remessa do livro. Ao autorizar que tal compra seja imputada a seu cartão de crédito, põe em ação inúmeros outros pontos de pertinência geográficos, todos desconhecidos.

Mesmo o usuário profissional, que possa precisar o local físico de seu interlocutor na manifestação de vontade que dá origem ao negócio jurídico, poderá defrontar-se com sérias questões para distinguir os requisitos de sua formação. Que sistema jurídico determinará a forma própria da manifestação de vontade, segunda a regra *locus regit actum*? Onde existe a execução do contrato? Nas hipóteses em que não há circulação física de bens (por exemplo, o de um programa de computador adquirido via FTP), tais questões assumem transcendental complexidade.

O mesmo ocorre quando se tece na rede um ilícito aquiliano. Que direito regerá a classificação do ato? Qual indicará o sujeito passivo? Qual o foro competente?

Tais incertezas são de certa forma agravadas pelo fato de que os negócios jurídicos, e mesmo os ilícitos, poderem decorrer de manifestação automática de um sistema, sem real emissão específica de vontade por pessoa física ou jurídica determinada. Tal fato, que de resto não é específico da Internet, implica na emissão de uma vontade *in potentia*, a ser concretizada automaticamente quando se configurarem as circunstâncias materiais prefiguradas no sistema, seja o depósito de uma moeda numa máquina de venda automática, seja o pressionar de um botão na página da *web*. As consequências de tal “vontade automática”, por exemplo, na determinação dos defeitos dos negócios jurídicos, pode ser facilmente entrevista. De outro lado, não está claro se a doutrina da responsabilidade pelo fato da coisa será hábil a cobrir todas as modalidades de ilícito deste tipo.

A solução mais fácil para tais impasses – o de atribuir ao espaço virtual uma juridicidade própria – está pelo menos por enquanto impossibilitada. A Internet é não supraestatal, mas aestatal. Não existem normas coativas próprias ao espaço virtual²⁵². E os atos jurídicos que nela ocorrem têm de adquirir pertinência nos vários sistemas estatais circundantes.

Como já vem sendo cogitado no tocante à responsabilidade pelo conteúdo das publicações na Internet²⁵³, legislação em

252 Um interessante artigo de Joel R. Reidenberg, de 6/2/97, propugna a coatividade de uma *lex informatica*, constituída não de normas jurídicas, mas de regras técnicas de informática (*Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, manuscrito). Assim, o próprio sistema informático direcionaria o comportamento do usuário, permitindo-lhe ou negando-lhe acesso a bens, serviços ou informação, e estabelecendo sanções, ou antes, consequências automáticas para o descumprimento. O sistema, impessoal e ademocrático, funcionaria com a impassividade própria da tecnologia.

253 Entre outras iniciativas, a do PICS (Platform for Internet Content Selection), vide para uma longa e minuciosa discussão dessa matéria a decisão judicial em

perspectiva poderia obrigar à identificação das partes e mesmo à fixação da lei de regência e do foro como pressuposto no ingresso no comércio eletrônico. Salvo a hipótese de acordos internacionais abrangentes, porém, a coatividade de uma disposição como essa seria no máximo ilusória.

Não sei onde, nem com quem

Tradicionalmente, para ancorar um ato ou negócio jurídico em determinado sistema normativo, ou para determinar a jurisdição territorial, é preciso precisar o lugar pertinente. Para tal determinação, são, como visto, relevantes os seguintes aspectos:

- o usuário da Internet, especialmente da WWW, não tem necessariamente conhecimento do local onde ocorre um ilícito, ou onde se conclui um negócio jurídico.
- tal lugar é frequentemente indeterminado em si mesmo, não correspondendo necessariamente ao domicílio, sede ou residência das partes.
- quem se expõe na Internet, por exemplo, quem publica uma página na *web*, se expõe e pode potencialmente causar efeitos em toda a parte do universo virtual.
- pode ocorrer mesmo que uma das partes não tenha conhecimento de quem seja a outra parte.

A questão do desconhecimento por parte do usuário não se reduz a mera questão prática, na proporção em que sendo uma dificuldade estrutural, possivelmente insuperável no atual estado da Internet, atinge um direito constitucional que é o de cada um poder argüir em juízo os seus direitos. Iguais

American Civil Liberties Union v. Janet Reno, Civil Action no. 96-1458, Juízo Federal do Distrito Oriental da Pensilvânia.

preocupações poderiam ser suscitadas do ponto de vista da outra parte, que se veria sujeito, pelo menos em teoria, à sujeição a uma multitude de leis nacionais, assim como à jurisdição de inúmeros tribunais.

Índice

<i>Sumário</i>	2
LITERATURA E DIREITO	3
LAW & LITERATURE	4
UMA QUESTÃO DE EPIFANIA	7
<i>Uma nota prévia às “As Noções de Justiça na Ficção Brasileira do Século XIX”</i>	7
O direito como tema e o direito como prática	8
A prática do Direito e o parâmetro da literatura.....	10
Ideologia, Literatura & Direito	14
A ideologia mediada pelo sistema	18
Uma possível epifania.....	20
Sobre o acervo estudado	22
AS NOÇÕES DE JUSTIÇA NA FICÇÃO BRASILEIRA DO SÉCULO XIX	23
<i>Literatura e Direito</i>	23
A clareza da visão do poeta	23
<i>A construção da justiça como valor</i>	25
A justiça de Deus e a dos homens.....	25
Natureza e justiça	27
Justiça como igualdade	29
Igualdade: <i>nova et vetera</i>	31
Igualdade e o <i>sui cuique tribuere</i>	36
Igualdade e arbítrio	38
Justiça como estabilidade.....	41
A armadilha da impessoalidade	42
A apropriação privada da justiça	45
A apropriação do poder de justiça pelo Estado	46
A justiça humana diante da justiça estatal.....	48
A justiça como coerência e consistência.....	49
A imagem da justiça	50

<i>As instituições da justiça</i>	55
Justiça como eficácia	56
A justiça de paz e a justiça togada	58
O advogado.....	62
O jurado.....	68
O procedimento	71
O meirinho.....	75
<i>Os temas do século</i>	77
O homem incriado	77
A outra condição servil.....	91
A questão social.....	93
A justiça do ermo.....	94
<i>Conclusão</i>	97

**INTERPRETANDO A LEI JUSTA: ENSAIO SOBRE JUSTICA,
DIREITO E LITERATURA..... 99**

<i>Primeiro Ato: Um Esboço Das Idéias</i>	99
<i>A Lei Justa Para Os Pré-Socráticos: A Divina</i>	101
<i>A Lei Justa Para Sócrates: A Democrática</i>	104
<i>A Lei Justa Para Platão: Um Feixe De Luz Sobre A Justiça</i>	106
<i>A Lei Justa Para Aristóteles: A Equitativa</i>	107
<i>A Lei Justa No Direito Romano: A Conceção Exemplar De Cícero</i>	109
<i>A Lei Justa No Pensamento Escolástico: A Conceção Exemplar De São Tomás De Aquino</i>	111
<i>A Lei Justa No Pensamento Liberal</i>	113
A Lei Justa em John Locke	114
A Lei Justa em Montesquieu	115
A Lei Justa em Jean Jacques Rousseau	116
<i>A Lei Justa Como Contradictio In Terminis No Positivismo Jurídico: O Modelo Exemplar Kelseniano</i>	118
A Lei (In)Justa Em Shakespeare: Uma Libra Justa De Carne.....	119
A Lei Justa Em Dorian Gray: Uma Imagem Injusta De Terror.....	122
<i>A Lei Justa No Pós-Positivismo</i>	124
A “lei justa” para CHAÏM PERELMAN	126
A lei justa para DWORKIN.....	129
A lei justa para ROBERT ALEXY	131
<i>Uma Sociedade Justa, Em John Rawls</i>	132
<i>Último Ato: E Diante Da Lei Injusta – A Lei Ou A Justiça ?</i>	135
<i>Bibliografia</i>	136

OUTROS TEMAS..... 142

O UNIVERSALISMO COMO OPRESSÃO..... 143

<i>O povo pusilânime</i>	143
<i>O contingente e o necessário</i>	145
<i>A retórica do humano e o racionalismo de mercado</i>	147
<i>Universalismo e autodeterminação dos povos</i>	154
<i>Slaughtering injuns and the pursuit of happiness</i>	156
<i>Les conventions tacites des ennemis du genre humain</i>	159
<i>A Declaração contra os direitos do homem ocidental</i>	161
<i>Universal enquanto dure</i>	163
<i>Teje livre</i>	165
<i>O universalismo como programa e a universalidade como fato</i>	172
<i>A terceira margem do rio</i>	174
<i>Universais lingüísticos e antropológicos</i>	176
<i>Um trabalho de minúcia e paciência</i>	181
<i>A perversidade da contradição</i>	183
<i>Bibliografia Complementar</i>	186
<u>DA NOÇÃO DE BENS IMATERIAIS</u>	189
<i>A noção de “bem”, como objeto do direito</i>	189
<i>O bem intangível</i>	190
Especificação	192
A imaterialidade do baço	193
<i>Imaterialidade como regra de reprodução</i>	194
<i>A intangibilidade do lucro futuro</i>	196
<i>Uma propriedade sobre o valor de troca</i>	196
<i>Um conceito medieval</i>	199
<i>A coisa e a oportunidade</i>	201
<u>DIREITO DE CRIAÇÃO E DIREITO DE CLIENTELA.....</u>	205
<i>A visão clássica do Direito Comercial: Aviamento, clientela e fundo de comércio</i>	207
Bigodes & criatividade	208
O fundo de comércio	210
O comércio de aviamento	212
Um bem inconspícuo	213
Miragem & futuro.....	215
<i>O bem concorrencial</i>	216
<u>O OBJETO DA CIÊNCIA JURÍDICA</u>	219
<u>A CAUSA E A AUTORIDADE (PORQUE DIREITO NÃO É CIÊNCIA)</u>	224
<i>Decifrar e Agir</i>	224

<i>As Regras da Poiesis</i>	228
<i>A Regra da Auctoritas</i>	232
<i>A Causa e a Autoridade</i>	236
<u>O DIREITO E A UBIQUIDADE</u>	242
<i>Cavalo doido na Internet</i>	242
<i>O que é a Internet</i>	244
<i>O ônus da ubiqüidade</i>	250
<i>Não sei onde, nem com quem</i>	253
<u>ÍNDICE</u>	256