

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35409-o-pecado-de-algumas-ideias-associadas-ao-direito-lei-justi-a-relativismo-p-s-moderno-parte-ii>

Autori: Atahualpa Fernandez, Atahualpa Fernandez Bisneto

**O pecado de algumas ideias associadas ao direito: lei, justiça, relativismo pós-moderno... (Parte II)**

## O PECADO DE ALGUMAS IDEIAS ASSOCIADAS AO DIREITO: LEI, JUSTIÇA, RELATIVISMO PÓS-MODERNO... (PARTE II)

Atahualpa Fernandez<sup>©</sup>

Atahualpa Fernandez Bisneto<sup>®</sup>

*“En cualquier situación es saludable poner, de vez en cuando, un signo de interrogación a todo lo que hemos dado siempre por sabido.”* BERTRAND RUSSELL

### 4. As ideias da diversidade cultural e do relativismo jurídico de corte pós-moderno

Uma dilatada linha intelectual que arrancando dos sofistas e passando por Hobbes e Nietzsche desemboca em certa pós-modernidade pretendidamente radical sustenta que as sociedades humanas vivem permanentemente em situações extremas, e que não há possibilidade de deliberação racional de modo algum, aqui incluído o Direito. O intento de emparelhar democracia, Direito e relativismo levou a

---

<sup>©</sup> Membro do Ministério Público da União/MPU/MPT/Brasil; Doutor (Ph.D.) Filosofía Jurídica, Moral y Política/ Universidad de Barcelona/España; Pós-doutor Teoría Social, Ética y Economía/ Universidad Pompeu Fabra/Barcelona/España; Mestre (LL.M.) Ciências Jurídico-civilísticas/Universidade de Coimbra/Portugal; Pós-doutorado/Center for Evolutionary Psychology da University of California/Santa Barbara/USA; Research Scholar/ Faculty of Law/CAU- Christian-Albrechts-Universität zu Kiel/Deutschland; Pós-doutorado *Neurociencia Cognitiva*/ Universitat de les Illes Balears-UIB/España; Especialista Direito Público/UFPa./Brasil; Profesor Colaborador Honorífico e Investigador da Universitat de les Illes Balears, Cognición y Evolución Humana / Laboratório de Sistemática Humana/ Evocog. Grupo de Cognición y Evolución humana/Unidad Asociada al IFISC (CSIC-UIB)/Instituto de Física Interdisciplinar y Sistemas Complejos/UIB/España.

<sup>®</sup> Advogado (OAB/SP); Doutorando em Derecho Público (Ciencias Criminales)/ Departamento de Derecho Público/Universitat de les Illes Balears/UIB/España; Doutorando em Humanidades y Ciencias Sociales/ Universitat de les Illes Balears/UIB/España; Mestre em Evolución y Cognición Humana/ Universitat de les Illes Balears/UIB/España (LL.M.); Especialista em Direito Penal e Processo Penal/Faculdade de Direito/Fundação Armando Álvares Penteado–FAAP/SP/Brasil; Research Scholar/Dipartimento di Scienze Penalistiche/Facoltà di Giurisprudenza/Università Degli Studi di Parma/Italia; Research Scholar /Laboratório de Sistemática Humana/ Evocog. Grupo de Cognición y Evolución humana/Unidad Asociada al IFISC (CSIC-UIB)/Instituto de Física Interdisciplinar y Sistemas Complejos/UIB/España.

reduzir à mera liturgia elementos hoje considerados como fulcrais de todo o Estado de Direito. De fato, o relativismo cultural, histórico e jurídico parecem não resistir à ideia de que existe uma natureza humana cujo núcleo constitui o fundamento de toda a unidade ético-cultural: não há valores "objetivos" que subsistam por si mesmos à margem da biologia humana e das condições ecológicas e culturais.

Nesse sentido:

**1.** É necessário rejeitar o relativismo cultural e jurídico, que afirma que a Direito é uma invenção puramente cultural, uma verdade servil, dependente do acordo ou o desacordo humanos, que não passa de uma expressão do poder dominante e que varia arbitrariamente de uma cultura para outra de acordo com as variações de poder, porque, ainda quando se possa reconhecer a importância do poder e os costumes no desenvolvimento jurídico, parece razoável crer (e insistir) que há algo de indisponível na ideia do Direito (o Direito é parte da condição humana e a sua ideia - ideia de Direito - é o resultado da ideia do homem ) que, de uma forma ou outra, limita e impõe restrições à variabilidade cultural das práticas jurídicas. Quer dizer, que é a natureza humana a que impõe restrições cognitivas fortes para a percepção, armazenamento e transmissão discriminatória de representações culturais, limitando o rol das variações sociais e culturais possíveis.

**2.** É necessário rejeitar o relativismo historicista, que afirma que o Direito é puramente uma invenção histórica que varia radicalmente de uma época (histórica) para outra, porque, ainda quando se possa reconhecer a importância das tradições jurídicas, parece razoável crer (e insistir) que a natureza humana, de forma direta ou indireta, condiciona e limita nossa conduta, nossos juízos morais e os vínculos sociais relacionais que estabelecemos.

**3.** É necessário rejeitar o relativismo cético e solipcista, que afirma que não há padrões objetivos de julgamento jurídico, além dos impulsos e da subjetividade de indivíduos únicos, porque, ainda quando se possa reconhecer a importância da diversidade individual, parece razoável crer (e insistir), pelos motivos a que antes nos referíamos, na possibilidade de se estabelecer critérios objetivos e de controle de racionalidade em todo processo de interpretação e aplicação do Direito.

**4.** É necessário rejeitar o fundamentalismo ideológico de determinadas teorias críticas do direito que afirma que o Direito é mero instrumento de dominação da

classe dominante, porque, ainda quando se possa reconhecer que alguns interesses dominantes podem reforçar algumas tendências do Direito, parece razoável crer (e insistir) que o Direito está fundado, ademais de na legalidade conforme o ordenamento e na eficácia social, em uma pretensão de correção material (de justiça) que existe independentemente de qualquer poder derivado dos interesses de uma classe dominante.

Portanto, já não cabe objetar (séria e licitamente) contra estes critérios, com desmedido, tendencioso e míope entusiasmo, os argumentos e os discursos jurídicos que agora primam pelo mais insano e inconsistente relativismo e pluralismo jurídico. Tais discursos desprezam a evidência de que, por estar a nossa mente modelada através da seleção natural e com uma estrutura domínio-específico homogênea para todos os seres humanos, a diversidade interpretativa, jurídica e cultural não pode ser indefinida, senão *limitadamente* diversa no tempo e no espaço.

Dito de forma mais simples, uma concepção robusta e séria acerca da natureza humana implica admitir que o ser humano, por ser um produto mais da evolução biológica e cultural - desenhado pela seleção natural para resolver determinados problemas adaptativos relacionados com a constituição de uma vida socialmente organizada - toma em consideração as limitações com as quais nascemos (que, repetimos, impõem constrições cognitivas fortes para a percepção, armazenamento e transmissão discriminatória da cultura e limitam o rol das variações culturais possíveis) e que, de uma maneira ou outra, definem e circunscrevem as condições de possibilidade do Direito e de sua realização prático-concreta.

O “episódio” pós-moderno, tão apreciado pelos movimentos críticos e que provoca secreção de adrenalina em determinados juristas acadêmicos proclives à retórica, tende ao extremo e se caracteriza por ser a antítese polar extrema da Ilustração (Holbach, Diderot e Helvétius): a verdade é sempre relativa e pessoal. Cada indivíduo cria seu próprio mundo interior mediante a aceitação ou o rechaço de signos linguísticos que cambiam sem cessar. Não existe um ponto privilegiado, nem um norte ou critério que guie o comportamento humano. E uma vez que o Direito não é mais que outra maneira de ver o mundo, não existe nenhum modelo a partir do qual se possa construir coerentemente seu sentido, e a partir do qual seja possível

extrair o significado profundo dos valores jurídicos relativos à solução pacífica de conflitos e da cooperação social. Só existe a oportunidade ilimitada dos indivíduos para inventar interpretações, hipóteses e comentários de uma realidade que ele mesmo (e somente ele) constrói. A ideia de que tudo é “construído” pertence a essa família.

O que significa que se o fundamento da Ética e do Direito é a suposição de que as pessoas têm preferências, desejos e necessidades – e que, por sua vez, gozam de plena autoridade sobre o que são estes desejos, necessidades e preferências –, a negação de um sentido indisponível do Direito fundado na natureza humana e a consequente negação da possibilidade de se aceder a métodos universalmente válidos de pensamento objetivo pode ser um instrumento útil para, uma vez deformado, justificar qualquer atrocidade e, como tal, servir para atender a finalidades potencialmente perniciosas. Neste particular, não se pode olvidar que as primeiras e principais investidas do regime nazista com relação ao ordenamento jurídico alemão foram precisamente de corte “crítico” e “alternativista”. (Ingo Müller)

## **5. As ideias da indeterminação do Direito e da “crise” da lei**

É certo que as sociedades atuais, plurais e complexas, já não mais parecem aceitar lhanamente novos códigos gerais e globalizantes como os que alimentaram em seus dias os grandes dogmas do positivismo jurídico. Hoje, não só se fala abertamente de descodificação, inclusive com relação às matérias típicas dos códigos clássicos, como também as leis tendem a limitar-se, com frequência, a regulamentações fragmentárias e ocasionais e, às vezes, a formular disposições ou princípios muito gerais, confiando logo à interpretação e aplicação pelos operadores do direito a precisão casuística de seus respectivos enunciados.

O desgaste que vem sofrendo a generalidade e a abstração da lei em virtude do que se convencionou denominar de “pulverização” do direito legislativo produzida pela multiplicação de leis de caráter setorial e temporal, demonstra claramente a pressão de interesses corporativos, dando lugar a um tratamento normativo diferenciado e, em igual medida, provocando a explosão de legislações

cambiantes, com a conseqüente crise dos mencionados princípios de generalidade e abstração.

A suposta conseqüência produzida por esse fenômeno é a de que a lei é, cada vez mais, transação e compromisso, tanto mais quanto a negociação se estende a forças numerosas e com interesses heterogêneos: cada um dos agentes sociais, quando acredita haver alcançado força suficiente para orientar em seu próprio interesse os termos do “acordo”, busca a aprovação de novas leis que sancionem a nova relação de forças; se produz, assim, a cada vez mais marcada contratualização dos conteúdos da lei.

Não há dúvida de que a atual experiência legislativa nos situa muito longe da racionalidade do legislador e da imagem da lei como ordenação abstrata, geral e permanente, como quadro estável cuja finalidade é distribuir direitos e deveres gerais e sobre o qual a sociedade vive a continuação de seu próprio dinamismo. Tão pouco há muitas dúvidas de que as leis (e os governos) podem causar (e causam) uma grande parte da desgraça humana. Dito de forma mais direta, é indiscutível que a realidade dessas leis se ajusta mal ao esquema ilustrado e revolucionário da *lex universales*.

Contudo, e em que pese todas essas circunstâncias, não parece razoável inferir como apropriadas as considerações articuladas por alguns setores mais críticos do Direito no que a crise da lei se refere. Se é certo que a legislação atual tende à ocasionalidade e confusão, não menos certa é a constatação de que isso não nos permite deduzir que as sociedades modernas pretendam remeter aos magistrados os problemas últimos de seu livre – e deveras defeituoso – ajuste social. Por muito que se ressalte a crise da lei nas sociedades atuais, tal crise não chega de modo algum a deslocá-la do seu papel central e, até o momento, insubstituível no que se refere às expectativas recíprocas de comportamento generalizadas.

As normas são, apesar de tudo, o melhor mecanismo de organização social em grande escala que nossa lamentável espécie descobriu até o presente e que, para o bem ou para o mal, pode ser adaptada às características próprias da psicologia humana – por exemplo, a denominada “certeza jurídica” pode ser entendida muito bem como solução sócio-cultural aos problemas adaptativos relacionados com a

capacidade e necessidade de inferir e antecipar as ações dos membros do grupo e suas conseqüências.

Por outro lado, as normas jurídicas não são simplesmente um conjunto institucional de regras escritas ou formalizadas destinadas a constituir uma razão (determinante e/ou moral) para o atuar dos indivíduos, que expressam ideologias dominantes ou que as pessoas se limitam a seguir. Em vez disso, as normas representam a formalização de regras de condutas sociais, sobre as quais uma alta percentagem de pessoas concorda, que refletem as inclinações comportamentais e oferecem benefícios potenciais e eficientes àqueles que as seguem e castigos para os que as descumprem: quando as pessoas não reconhecem ou não acreditam nesses benefícios potenciais, as normas são, com frequência, não somente ignoradas ou desobedecidas (pois carecem de legitimidade e de contornos culturalmente aceitáveis em termos de uma comum, consensual e intuitiva concepção de justiça), senão que seu cumprimento fica condicionado a um critério de autoridade que lhes impõem por meio da “força bruta”. E uma prática social que não pretendesse nada mais que o poder ou a força não seria um sistema jurídico .

Dispomos de normas de conduta bem afinadas porque nos permitem prever, controlar e modelar o comportamento social respeito à reação dos membros de uma determinada comunidade. Estes artefatos, se plasmam grande parte de nossas intuições e emoções morais, não são somente construções arbitrárias, senão que servem ao importante propósito de, por meio de juízos de valor acerca do justo e do injusto (acerca de questões morais relativas à correção na distribuição e compensação), guiar a ação humana (posto que também proveem ao agente de boas razões, morais e prudenciais, para abster-se ou para atuar) e tornar a ação coletiva possível – e parece razoável admitir que os seres humanos encontram satisfação no fato de que as normas sejam compartilhadas pelos membros da comunidade.

E é precisamente esta capacidade para categorizar valorativamente a conduta própria e alheia e encerrar-se em um intercâmbio de juízos de aprovação e de reprovação até constituir uma nova fonte de emoções de prazer e desagrado (que sentimos ao colocar à prova uma conduta e a que sentimos ante a aceitação, o castigo ou o rechaço social da mesma) que constitui o melhor exemplo de como nossa constituição neurobiológica gera, condiciona e restringe a criação, o

desenvolvimento e a validade das normas de conduta, funcionando como condição de possibilidade da massiva produção normativa de nossa espécie e, ao mesmo tempo, de sua (relativa) independência material e natureza preditiva no que às nossas crenças, desejos, preferências e ações se refere.

Com o Direito e suas normas promovemos em grupos tão complexos como são os humanos aqueles meios necessários para instituir e decidir que ações estão proibidas, são lícitas ou obrigatórias, assim como para justificar e controlar os comportamentos coletivos e, o que é mais importante, para articular, combinar, controlar e estabelecer limites aos vínculos sociais relacionais estabelecidos pelo ser humano. O desenvolvimento dos sistemas normativos implicou processos causais gerados pelas inevitáveis colisões de interesses próprios relativos à convivência social e em vista da necessidade de inferir os estados mentais, de controlar e de prever o comportamento dos indivíduos, isto é, de antecipar as consequências do comportamento dos demais em empresas que requerem a competição ou a cooperação de vários indivíduos. Dito de outro modo, criamos um sistema complexo de normas de conduta para canalizar nossa natural tendência à “agressão” decorrente da falta de reciprocidade e dos defeitos que emergem de nossas relações sociais.

Como explica Stephen J. Morse (2012), uma história evolutiva perfeitamente plausível explica por que os seres humanos necessitam regras como as que o Direito proporciona. A evolução nos converteu em seres autoconscientes que atuam por razões. A razão prática é iniludível para criaturas como nós, que inevitavelmente se preocupam dos fins que perseguem e das razões que tem para atuar de um modo mais que de outro. É porque somos seres sociais, cujas interações não estão fundamentalmente governadas por repertórios inatos, pelo que é inevitável que necessitemos as regras para ordenar nossos vínculos relacionais em qualquer grupo social minimamente complexo. Os seres humanos desenvolveram formas extraordinariamente diversas de viver juntos, mas a característica que se encontra presente em todas as sociedades é que estas estão governadas por regras que se dirigem a seres capazes de segui-las.

A própria ideia de justiça – no seu sentido apenas humano, e quaisquer que tenham sido os significados que haja recebido ao longo de nossa história cultural –

sempre quis exprimir essa suprema axiologia da existência humana comunitária. Em palavras mais simples: a justiça, entanto um instinto individual e relacional, parte de nossos instintos morais, embora tenha uma codificação social em forma de leis; estas mudam mais rapidamente, mas sobre o substrato neurobiológico que estabelece o que é justo ou injusto.

Nesse sentido, uma explicação naturalista sobre a evolução do direito supõe que as normas de conduta (no caso, as leis) representaram uma vantagem seletiva ou adaptativa para uma espécie essencialmente social como a nossa que, de outro modo, não haveria podido prosperar. Sem elas, recorda Adela Cortina (2012), “não há vida humana”.

Ademais, se a vida há de fazer-se tolerável, deve proporcionar algumas estratégias de segurança, estabilidade das relações sociais e proteção contra os ataques às condições fundamentais da existência individual. Deve existir previsibilidade e ordem dentro de um grupo social. Para proporcionar uma ordenada convivência humana devem existir regras revestidas de certa autoridade, sendo que estas regras são tanto mais eficazes quanto mais formal é o mecanismo de coação. As normas, portanto, são úteis não somente como meio eficaz para tomada de decisões, senão também como um sistema eficiente de guias para a vida individual e cooperativa, para desenvolver nossa capacidade para cooperar e resolver conflitos sociais, sem necessidade de recorrer a outras formas de hierarquização e organização social típicas de numerosas espécies animais como é a da agressividade.

Em resumo, as normas jurídicas constituem a resposta que elaboramos, com os mecanismos psicológicos evolucionados de que dispomos, para solucionar os problemas relativos às exigências e contingências associadas à complexidade de nosso estilo de vida social. As transformações evolutivas do último período do gênero *Homo* modelaram nossas habilidades e motivações cognitivo-sociais que, por sua vez, favoreceram o surgimento de grupos cuja sobrevivência dependia sobremaneira da relação mútua entre o grau muito elevado de altruísmo/cooperação e a emergência da capacidade para refletir sobre nossas intenções e comportamentos, avaliá-los como bons ou maus, justos ou injustos, discernir entre o permitido, o proibido e o obrigatório, e, inspirados no sentido de dever e compromisso com relação aos

demais, elaborar um conjunto normativo para predizer e controlar a conduta humana em benefício da comunidade.

Tudo isso implica admitir que a verdadeira alternativa ao recurso utilizado pelo legislador para afrontar e contornar os problemas sociais, de justiça e de segurança jurídica não parece ser a de reinventar o “juiz sacerdote” (preso a alguma ideologia, dogma ou doutrina sem consistência teórica e/ou incapaz de ter alguma eficácia fora dos limites físicos de um papel), senão a de habilitar os julgadores a assumir, de forma virtuosa, inflexível e qualificada a responsabilidade que lhes cabe e cuja tarefa seja a de afirmar indistintamente os direitos e deveres de toda a pessoa humana, projetando *na* e *através* da legalidade vigente os princípios e valores fundamentais do Direito; isto é, de habilitar-lhes ao inegociável compromisso de colocar-se à frente dos fatos e dos vínculos sociais relacionais para, com a iniludível prudência e talento de “desenhador” que caracteriza o ato de julgar, impulsarem os câmbios necessários para que se promova um panorama institucional, normativo e sócio-cultural o mais amigável possível com uma sociedade verdadeiramente decente.

Daí porque o papel do operador do Direito (particularmente dos juízes) deverá seguir estando vinculado à Constituição e à lei – que nunca podem ser livres de contexto, senão que devem ter em conta seu “lugar na vida” e sempre “em situação” –, em nome das quais fala e das quais – e não de nenhuma outra fonte “mágica”, “alternativa” ou de qualquer subjetivismo camuflado de teoria – extrai unicamente a justiça e a legitimidade de suas decisões.

É certo que ante uma legislação fragmentada, casuística e cambiante, com enunciados que caem com frequência em desuso por desajustes sistemáticos e/ou sociais, o papel do magistrado se realça. Mas este realce do papel do juiz não poderá jamais pretender levar-lhe a uma independência com respeito à Constituição ou à lei; levará, certamente, a um uso mais apurado, sofisticado e refinado dos valores, princípios e regras jurídicas, sempre e em tudo condizente com a finalidade de atender ao imperativo ético segundo o qual o direito deve ser manipulado de tal maneira que suas conseqüências sejam sempre compatíveis com a maior possibilidade de evitar ou diminuir a miséria e o sofrimento humano, com a obrigação de produzir a articulação combinada dos vínculos sociais relacionais que subjazem a

um determinado tipo de relação jurídica, *no sentido de e com o objetivo de*, potenciando seus melhores lados e eliminando seus lados destrutivos, atuar o direito em relação *da* pessoa e *para a* pessoa.

Quer dizer, ao redor do compromisso ético que congregue liberdade, igualdade e fraternidade, dessas três virtudes que compõem o núcleo duro, o conteúdo próprio da justiça e que, em seu conjunto, constituem diferentes aspectos da mesma atitude humanista fundamental destinada à construção conjunta de alternativas e possibilidades reais de uma vida digna de ser vivida. Evitar ou mitigar o sofrimento, esta é a máxima.

## **6. Conclusão**

Reconhecemos que a perspectiva aqui adotada, nomeadamente no âmbito do jurídico, pode parecer odiosa e detestável aos que permanecem atados às fronteiras e às limitações das ideias e/ou dogmas do momento. O problema é que não devemos (o que pressupõe que não podemos) olvidar que a Moral e o Direito estão entre os fenômenos culturais mais poderosos já criados pela humanidade e que precisamos entendê-los melhor se quisermos tomar decisões políticas, jurídicas e/ou éticas bem informadas e justas.

Já não podemos manejar-nos na filosofia e na ciência do Direito do século XXI baseados em uma psicologia humana impossível, com uma ideia de natureza humana procedente do século XVII e nem tão pouco trabalhar com os métodos do século XIX. Somos antes de tudo animais, e tudo o que seja fazer uma abstração da dimensão natural do ser humano, sua natureza biológica e sua origem evolutiva, é falso. A estrutura de nossa mente dista muito de ser a que imaginou Descartes e sem uma compreensão profunda de seus mecanismos nunca poderemos dar conta de seu resultado mais chamativo e destacado: o Direito como objeto da cultura.

E uma vez que o inato e o adquirido se complementam mutuamente, a falta de respeito pela evidência empírica de uma natureza humana se traduz psicologicamente e socialmente em uma cultura da mentira e do poder político, não em uma cultura que valore a verdade e a justiça. É hora de reconhecer o inútil, deficiente e esclerosado que resulta insistir em uma mentalidade que recusa

metodicamente a ideia de que qualquer câmbio em nossa maneira de entender a natureza humana afeta por força nossa concepção do Direito, da Moral e da Justiça.

É de fundamental importância assumir, com a necessária humildade intelectual, que a partir do momento em que a filosofia e a ciência jurídica não são capazes de advertir (e superar) os signos de suas próprias crises, porque suas ideologias e discursos parecem ser um mito contínuo de justiça e ordem, o Direito se separa da realidade e se corrompe em uma ilusão, custodiada pela moldura conceitual de concepções meramente especulativas e abstratas, completamente alheias às implicações reais e factíveis da natureza humana, alçada sobre fundamentos científicos e filosóficos são a partir de uma simbiose sociocultural-biológica aparecida no curso da evolução.

A eleição da forma de abordar o Direito supõe uma diferença importante no modo como nos vemos a nós mesmos como espécie, condiciona as estratégias que adotamos para regular nossas instituições e práticas sociais, e determina, em última instância, o repertório de ideias e teorias acerca do sentido e da finalidade do raciocínio prático ético-jurídico. Enfim, que negar ou desconsiderar as implicações jurídicas de uma compreensão realista da natureza humana é o mesmo que recusar (deliberadamente) a própria humanidade da vida, da Moral, do Direito e da Justiça.