

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

LUCAS SIQUEIRA GRAWER

O PAPEL DA LIBERDADE NA EPISTEMOLOGIA E INDECIBILIDADE
JURÍDICA

PORTO ALEGRE

2012

LUCAS SIQUEIRA GRAWER

O PAPEL DA LIBERDADE NA EPISTEMOLOGIA E INDECIBILIDADE JURÍDICA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Luís Fernando Barzotto

Porto Alegre

2012

RESUMO

Esta obra propõe que a liberdade é o elemento chave na diferenciação entre as ciências humanas e exatas, e vai demonstrar a relação distinta que o direito desempenha em relação à liberdade, uma vez que esta possui papel instrumental no direito, para a máxima eficiência do ordenamento em distribuir justiça. A metodologia usada é a pesquisa bibliográfica e dedução lógico-matemática. Para tal tarefa foi desenvolvido um modelo de ética formal, adaptado da obra de Kohlberg e analisados pontos da teoria da justiça, referentes às suas causas formal e material. Esses modelos foram articulados matematicamente numa função de segundo grau, que aponta um limite para atividade legislatória, em função da capacidade ética dos indivíduos. A liberdade também é imprescindível tendo em vista que a formalização excessiva encontra limitação de ordem lógica, o que é demonstrado pelo teorema da incompletude de Kurt Gödel. Das contradições lógicas também se extrai que somente o ser humano é apto para atividade jurisdicional, enquanto ser livre para superá-las. Após a análise da indecibilidade é feita a revisão dos fundamentos antropológicos da jurisdição e da expectativa de justiça que se pode ter da mesma com o intuito de desconstruir os argumentos refutadores do direito institucionalizado, baseados na contradição legal.

PALAVRAS-CHAVES: Epistemologia, Formalismo, Teorema da Incompletude, Ética Formal, Teoria da justiça.

ABSTRACT

This work proposes that freedom is the key element in differentiating between the humanities and exact sciences, and will demonstrate the distinct relationship that the law plays in relation to freedom, since freedom plays an instrumental role to maximum efficiency in the justice's distribution. The methodology used here is literature search and use of logical deductions and mathematical relationships. For this task was needed developed a formal model of ethics, adapted from the work of Kohlberg and revisit points of the theory of justice, relating to their formal and material causes. These models were articulated mathematically inside a function of the second degree, pointing to a limit for legislative activity, according to the ethical capacity of individuals. The freedom is also essential in order that exist a limitation for excessive formalization of logical order, which is demonstrated by the incompleteness theorem of Kurt Gödel. From logical contradictions also concludes that only human beings are able to jurisdictional activity, while being free to superate the indecibility. After analyse the indecibility, a reviewing is done of anthropological foundations of jurisdiction and the expectation of justice that can have over it, with in order to deconstruct the arguments against institutionalized law based legal contradiction.

KEY WORDS: Epistemology, Formalism, Incompleteness Theorem, Formal Ethics, Theory of justice.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES E TABELAS

Tabela 1: ESTÁGIOS MORAIS EM FUNÇÃO DO DILEMA-CHAVE.....	36
Figura 1: DIAGRAMA DE HIERARQUIA ENTRE OS ESTÁGIOS MORAIS ...	41
Figura 2: GRÁFICO PARA ÉTICA->1	50
Figura 3: GRÁFICO PARA $E=0,85$	51
Figura 4: GRÁFICO PARA $E=0,7$	51
Figura 5: GRÁFICO PARA $E=0,4$	52
Figura 6: GRÁFICO DE VÁRIOS VALORES PARA “E”	53
Figura 7: GRÁFICO DE COERCITIVIDADE EM $f(E)$	54
Figura 8: GRÁFICO DA LIBERDADE EM $f(E)$	54

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
O DIREITO NAS CIÊNCIAS HUMANAS	10
1.1 O PROBLEMA DAS CIÊNCIAS HUMANAS.....	10
1.2 A LIBERDADE COMO ESSÊNCIA DAS CIÊNCIAS HUMANAS.....	16
1.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIBERDADE	20
1.3.1 Da não-existência enquanto livre-arbítrio	20
1.3.2 da existência enquanto fundamento da injustiça	25
1.4 O DIFERENCIAL DO DIREITO	28
1.5 UM CRITÉRIO OBJETIVO: A JUSTIÇA.....	29
A LIBERDADE E A EFICIÊNCIA DAS LEIS.....	33
2.1 UM MODELO DE ÉTICA FORMAL.....	35
2.2 A JUSTIÇA NO EIXO CARTESIANO.....	45
INTRODUZINDO A INDECIBILIDADE NO DIREITO	56
3.1 A INDECIBILIDADE EM GÖDEL	57
3.2 O DILEMA DO FORMALISMO JURÍDICO	62
3.3 DIREITO: UMA FONTE DE PARADOXOS.....	64
3.4 A LIBERDADE E A INDECIBILIDADE	66
3.4.1 A EXCESSÃO DE INDECIBILIDADE.....	67
3.4.2 O PARADOXO DA JUSTIÇA: O FIM É O PRÓPRIO MEIO.....	73
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

O que é a liberdade e qual o seu real valor? Poucas perguntas de natureza filosófica talvez possam ter sido tantas vezes formuladas na história, em tantas línguas e sociedades quanto a imaginação nos permite supor. Afinal a percepção da liberdade humana é um fundamento da nossa ontologia. A liberdade é mensurável? É negociável? Uma criação da mente humana ou um objeto real?

Aqui convidamos o leitor a um exercício de lógica e atenção através da problemática da liberdade no direito, em laços estreitos com seus fundamentos filosóficos, pois a liberdade deve muito ao direito, assim como o direito a liberdade. Esta relação íntima decorre da dialética entre a liberdade e a norma, da concessão de nossa vida à comunidade por meio do direito. Todavia nos deparamos com o avanço do determinismo sobre o conceito da liberdade, o que a coloca sobre uma concepção ontológica negativa. A liberdade não é um estado de coisas, mas o não-estar em coerção. Em outras palavras, a liberdade surge quando nos perguntamos se há possibilidade de que se possa dispor de determinada forma, e a resposta é afirmativa. Sob esta ótica temos uma gênese do conceito da liberdade em consequência da concepção da regra, quando também nasce o direito, e ali a liberdade surge e nunca mais abandona a existência humana. Afinal a liberdade é o contrapeso da regra. Quando se bane a regra, a liberdade cresce; quando se edita a regra, a liberdade se esvai, não totalmente, mas seguramente algo a menos do que tínhamos anteriormente.

Desta forma o nascimento do direito, independente do contexto que o cercou, sempre marcou o início do discurso sobre a liberdade. Pode se presumir que pela antiguidade da matéria, ela possa estar exaurida, o que seria uma completa insensatez, visto que o direito, seu companheiro também não está. Às portas do século XXI vemos a necessidade de repensar o discurso da liberdade, uma vez que o avanço da ciência contra a teoria do livre-arbítrio transformou o modo como a sociedade vê a liberdade, embora para o direito essa questão não seja de todo relevante, e é isso que se pretende mostrar aqui.

A abordagem que será feita sobre a liberdade e o direito nesta obra se baseia em três linhas de frente. A primeira linha é a epistemológica, tratando a liberdade como elemento delineador da dicotomia do conhecimento entre ciências exatas e

humanas. A segunda linha é a da eficácia do direito em função da liberdade que os cidadãos tem dentro do ordenamento, que demonstrará que o direito não funciona bem sem abdicar da onipresença nas relações sociais. A última frente será o estudo da incompletude de Gödel, aplicado ao direito, que impede o projeto de sua completa formalização, e ao mesmo tempo protege a relativa liberdade decisória do magistrado perante o excessivo rebuscamento do processo.

Quanto à parte epistemológica, será feita uma busca sobre a história da divisão do conhecimento pelo ponto de vista metodológico, para que nos deparemos com o tabu da liberdade humana. A teoria da livre determinação do ser humano se contrapõe a causalidade das ciências exatas. Então baseado nesse papel que a liberdade exerce sobre o conhecimento, afirmamos que o direito exerce um papel ativo e distinto entre as ciências humanas, pois ao contrário das demais que agem em busca das causas do ser humano, o direito se compromete com a defesa e a valorização da liberdade. Com base nesta tese passaremos a duas frentes de pesquisa visando comprovar que indiferente do livre arbítrio do homem ser real ou uma ficção, o direito não pode jamais abdicar da proteção à autonomia do indivíduo.

A primeira dessas frentes de pesquisa está em demonstrar que o direito não é eficiente quando regula demais a vida do indivíduo. Para esta demonstração inicialmente importamos da área pedagógica um modelo de ética formal. A existência de um modelo de ética formal é fundamental para que coloquemos a capacidade ética do indivíduo como uma variável para determinar o *grau* de justiça do sistema em função da capacidade ética média dos indivíduos e o grau de coercitividade do sistema (ou seja, o inverso da liberdade média dentro do sistema). Deste modo obteremos uma relação matemática sofisticada que nos permitirá visualizar que quanto mais fecundos os legisladores, independente da suas boas intenções, maior o risco que o ordenamento em geral corre de ser injusto.

A segunda frente em defesa da liberdade no direito é um pouco mais difusa. Ela começa com a apresentação do teorema da incompletude de Kurt Gödel. Por meio deste teorema, que demonstra a inconsistência de qualquer modelo formalista tendendo a ser completo, é protegido o cidadão de tentativas de formalização excessiva, que tendem afastar o direito do fato. O segundo passo é apresentação do problema da decisão, resolvido por Alan Turing com base no trabalho de Gödel. Nele vemos que a tentativa de transformar o direito em uma máquina também tem limitações de ordem lógica. Assim, temos valorizadas as peculiaridades humanas do

operador de direito. Por fim vamos abordar duas questões relativas ao arbítrio do juiz dentro do processo, se há algum mal neste tomar decisões quando a norma não é clara e se realmente ele está sendo livre quando toma este tipo de decisão. A função destas perguntas e dirimir a força dos argumentos que pressionam maior formalismo dentro do devido processo legal.

Com base nestas duas linhas mestras, confirmamos a tese epistemológica de que o direito não pode simplesmente tomar o partido de desmontar a vontade do ser humano, sendo obrigado a respeitá-la. Você pode estar curioso o porquê destas linhas de pesquisa tão voltadas à lógica e a outras ciências. O motivo real é que geralmente a liberdade é vista como um valor dentro do direito, e sobre esta base é defendida. Todavia como demonstraremos no interior da obra, o livre-arbítrio é uma ficção da mente humana, e assim a liberdade enquanto valor perde a sua força.

Logo nos resta demonstrar que a liberdade não deve ser vista então como um valor a ser defendido por causas meramente axiológicas, mas pelo contrário, ela deve ser valorada pelo seu papel na instrumentação da justiça, na compreensão de que um sistema jurídico que não dê espaço de decisão aos normatizados é um direito mal feito que fracassa na função de distribuir justiça. Por isto optamos aqui de omitir qualquer referência a liberdade enquanto valor ou sua evolução através da filosofia jurídica. A liberdade aqui não é boa, nem má, não é uma tradição nem uma revolução; ela é sim um *instrumento* indispensável para a ciência do direito.

Este texto é uma convocação aos estudiosos do direito para que vejam a liberdade de um modo mais técnico do que poético. A liberdade do homem é uma quimera a ser vencida para muitas ciências, porém para o direito ela nada mais é que nossa aliada, um instrumento de trabalho para se conseguir justiça.

O DIREITO NAS CIÊNCIAS HUMANAS

1.1 O PROBLEMA DAS CIÊNCIAS HUMANAS

O que é uma ciência humana? É uma pergunta que vai além do próprio conceito em si e remete às bases filosóficas do chamado *problema gnosiológico* (como geralmente é conhecido dentro da filosofia). É o problema de como adquirimos o saber das coisas e como classificar o saber adquirido, entre outras coisas. É um problema antigo, provavelmente muito anterior a própria história. Dentro do mundo ocidental tivemos lançadas suas bases na era clássica helênica. Talvez não porque não tivera sido pensado antes, mas sim porque somente nessa época a escrita ensaiou um uso geral e mais amplo do que mera ferramenta burocrática¹, e assim pode registrar as impressões filosóficas sobre o assunto.

A percepção do fenômeno do conhecimento dentro do processo histórico evoluiu, dentro do mundo ocidental partindo da dicotomia do *formal/material*, abraçando o primeiro aquilo que é informado pela lógica e o segundo o trazido pela concretude da experiência, portanto, dependente da natureza sensitiva do sujeito. Apesar da posição pré-empirista dos sofistas, na era pré-socrática, Parmênides e os pitagóricos já reconheciam além do conhecimento sensível o conhecimento racional, e assim de um modo geral no período clássico se reconhecia duas ordens de conhecimento: a dos sentidos e a do intelecto².

A problemática da validação do conhecimento é conhecida na filosofia como *gnoseologia*. O termo deriva do grego gnôsis (γνώσις) de significado “conhecimento” e dentro das divisões que lhe são próprias, destacamos a epistemologia, que também pode ser vista como um ramo paralelo a gnoseologia. A epistemologia deriva de *epistéme* (ἐπιστήμη) e é o estudo das ciências particulares no referente à

¹ DIAMOND, Jared. Guns, germs and steel: A short history of everybody for the last 13,000 years. 10. Ed. London: Vintage, 2005, p.236

² MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo: PAULUS, 2006, pp21-23

validade do conhecimento científico³. Ainda temos a metodologia, que estuda os caminhos pelo qual se adquire o conhecimento.

Até a geração de seiscentistas, o método não tinha o devido valor que atualmente lhe é legado. Grandes expoentes como Galileu Galilei (fugindo da limitação do acesso ao conhecimento pela teologia) e Francis Bacon (autor de *Novum Organum*, onde trata da experimentação chegando a indução)⁴ tomaram a liderança na reta final do movimento renascentista, promovendo a revolução científica do método. Uma das obras mais salutares é o *Discurso do Método* de Descartes. Esta obra além de delinear a filosofia, emancipando-a da teologia, direcionou os filósofos da metafísica (à época rainha de todas as ciências de Parmênides até Kant⁵) rumo a *gnoseologia*⁶, ao içar a bandeira do método, visando solidez e organicidade à pesquisa (apesar de que nesta obra a sua preocupação maior era com a filosofia). O maior legado desta obra, vista do século XXI, foi sem dúvida o estabelecimento das regras do método. São elas: (I) não aceitar nada como verdadeiro sem clareza e distinção indiscutível, (II) dividir o tanto quanto possível as partes do problema, (III) conduzir o pensamento do mais simples ao mais complexo, (IV) não permitir omissões para cada parte do problema⁷. Apesar de que alguma coisa do texto hoje é obsoleta, não tira a sua titularidade na revolução científica simbiótica à revolução industrial. Tamanha eficiência fez com que até hoje os epistemólogos considerem a problemática do método superada e ensinam que para qualquer sistema científico é válido o método dedutivo.

Com a aplicação do método e a sistematização do conhecimento em ciências, com o passar dos séculos, foi se acentuando a dicotomia entre aquelas ciências que permitiam uma aplicação ótima do método cartesiano, com demais ciências. Parecia que as ciências que não apoiavam o método é que estavam erradas, seja pela falta de rigor e consenso nos conceitos (afetando a regra I), seja pela dificuldade em dividir analiticamente o problema (afetando a regra II) ou definir o que é o mais

³ OLIVEIRA, Silvio Luiz de. Metodologia científica aplicada ao direito. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002, pp4

⁴ OLIVEIRA, Silvio Luiz de. Metodologia científica aplicada ao direito. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002, pp5

⁵ MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo:PAULUS, 2006a Filosofia, pp310

⁶ MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo:PAULUS, 2006, p. 310

⁷ DESCARTES, René. Discurso do método. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p23

simples ou complexo (a complexidade do problema é um conceito um tanto quanto subjetivo). Não fosse o suficiente, entre as ciências revéis ao método ainda havia experiências que são praticamente impossíveis de serem repetidas. Por tudo isso se sucedeu que algumas ciências acabaram por tornarem-se ecléticas quanto aos seus métodos.

Por essas discrepâncias na aplicação do método, a classificação do conhecimento passou por uma mudança. O conhecimento racional dos gregos persistiu pela sua natureza abstrata no ramo das *ciências formais*. Sua principal característica é a onipotência do método dedutivo. Ao conhecimento formal se contrapõe o conhecimento *fático*, onde as variáveis são representações da realidade, que vai necessitar de uma forma ou de outra dos sentidos para serem observadas e assim interpretadas, sendo por isso ciências empíricas⁸. Vemos que dessa forma nos embasamos na percepção grega da dualidade do conhecimento para edificarmos a epistemologia, afinal somente pelo reconhecimento da natureza empírica do conhecimento factual, podemos atuar minimizando os erros que lhe são por esta qualidade inafastáveis.

Há de se ressaltar que o critério da classificação do conhecimento passa assim a ser o método, em detrimento do objeto de estudo. Isto porque o objeto pode ser analisado sobre a ótica de várias ciências, permitindo que se apliquem sobre ele diversos grupos de métodos sistematizados. Porém, como alguns objetos de estudo possuem propriedades instrumentais que superam a necessidade de uniformização do método, acabamos por às vezes ficar em uma situação onde os dois critérios se conjugam para delinear um ramo científico.

Baseado no princípio da navalha de Ockham, a minha opinião é de que embora seja funcional do ponto de vista instrumental, o critério de delinear a ciência pelo objeto e não pelo método, prejudica em certo ponto o progresso científico, pois é uma divisão que é feita pelas conveniências e tendências de um momento que não privilegiam o conhecimento em si, mas sim ao conhecimento a serviço do homem. A consequência da má divisão do conhecimento é dificultar o acesso à informação a

⁸ BUNGE, MARIO. La Ciencia, Su Metodo y su Filosofia. 1. Ed. Buenos Aires: Sigloveinte, 1974 cap I

quem realmente interessa, e sabe interpretá-la, em busca de um hipotético benefício instrumental.

Para dentro das ciências fáticas, usando o critério do método, podemos valorar a clássica divisão das ciências exatas e humanas. Essa classificação para o bem da verdade nasceu tripartite, pelo que se conclui do trabalho de Aristóteles⁹. O Estagirita triparte o conhecimento em ciências práticas, produtivas e naturais. As primeiras refletem as ações humanas como objeto de estudo, com o seu fim residindo em si próprias (são exemplos a política, a ética e o direito). As segundas são as que nascem da relação do homem com o meio que o cerca, aonde a finalidade vai para além da própria ação, é a *techne*, gênese do termo tecnologia, englobando oratória, medicina, navegação, artes, etc... As ciências naturais, finalmente, são aquelas que contemplam o mundo para além do homem, independente da sua existência ou não. Pelo fato de que o homem não exerce papel ativo nesse tipo de conhecimento, também é conhecido como teórico ou contemplativo¹⁰. Essa tripartição se tornou uma dualidade a partir da reformulação do conhecimento como algo objetivo, e da crise das ciências práticas pela subjetividade inerente a uma visão do ser humano como agente ativo. Essa reforma de pensamento não afetou a ciências naturais, mas não foi o que ocorreu com as outras duas classificações. Ao se excluir o papel ativo do homem na nova visão de conhecimento, as ciências produtivas se viram decompostas no estudo das variáveis naturais, e a atuação do homem foi transformada em objeto. Após esta cisão ficou o estudo da matéria com que o homem trabalhava pertencente às ciências exatas. Já no referente à ação do homem, quando refletida sua subjetividade, às humanas, quando refletido a finalidade, ao ramo *aplicado*. É claro que esse englobamento não foi um processo tão simples. O que era muito subjetivo para o método, como as artes, acabaram deslocadas do conhecimento. Pode se rastrear claramente que o corpo das artes deriva das ciências produtivas gregas. O termo latino *ars*, tem esta correlação direta. Contudo, pode se apontar o papel do pensamento cristão nesse despojo do *status* da arte como uma forma conhecimento, afinal Aristóteles via a arte como imitação da natureza (como uma área de intersecção entre o protagonismo do

⁹ CHAUÍ, Marilene. Convite a filosofia, 12. Ed. São Paulo:Ática. P.48

¹⁰ CHAUÍ, Marilene. Op. Cit.. P.49

homem e o aspecto teórico da natureza que será transformada)¹¹, e já nas *Confissões* de Agostinho¹² sob a ideia de que a beleza somente pode provir de Deus, a arte se viu sacralizada como um fenômeno metafísico, e assim purificada do “mundano” conhecimento terreno.

As ciências práticas, estas tiveram o seu nicho protegido. O fato de o observador (o homem) ser o observado, e das grandes experiências se darem em escalas (como as revoluções francesa e russa) e complexidade (cada observador, dentre milhares, percebe a experiência de uma ótica radicalmente distinta do outro) onde o método moderno não conseguia ser produtivo, protegeu-as das revoluções e do instrumentalismo. Com o tempo as ciências práticas passaram a ser chamadas de humanas, visto que existiam em função da excentricidade do homem. As ciências *naturais*, visando enfatizar o método, passaram a ser *exatas*, pela expectativa em relação ao resultado da dedução, uma vez bem feito o processo de indução. No auge oitocentista progressista, diante da oposição entre o rápido desenvolvimento nas áreas naturais, e a evolução duvidosa nas áreas humanas, correntes positivistas optaram em não reconhecer diferenças entre esses dois grandes ramos do saber humano, forçando as ciências humanas¹³ a adotarem o mesmo método das exatas. Como consequência, as ciências humanas que estavam se sistematizando àquela época adotaram o *método científico* das exatas, o único que deveria ser válido partindo do pressuposto da *unicidade da ciência*.

Esta imposição do *método científico* como queriam os positivistas, acabou por engessar o desenvolvimento das ciências humanas, na medida em que os esforços dedutivos não prosperavam. Muitos esforços dedutivos redundaram em teses estapafúrdias, como as teorias de Cesare Lombroso, a ditadura do proletariado, experiências nazistas com seres humanos nos campos de concentração, a morte de milhares de inocentes condenados pela aparência física (sob acusação de crimes que não cometeram), lobotomias, preconceitos em diferentes escalas, etc... Todas essas barbáries, por incrível que pareça, nasceram de ditos argumentos *científicos fundamentados*.

¹¹ MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo: PAULUS, 2006, p. 163

¹² MONDIN, Battista. Op.cit. p.164

¹³ GODOY, José Carlos. O problema do método nas ciências humanas. MERCATO, p.7 et seq.

Coloco isto dessa forma, pois o que aconteceu quando as humanas tentaram aplicar *somente* os métodos das exatas foi, em linhas gerais, foi um prejudicado processo de *indução*, acompanhando de uma apressada formalização em cima de paradigmas pensados. Assim o sistema distorceu ainda mais a realidade. Outro problema é que os pesquisadores não se vendo dentro da experiência sempre acabavam em posições superiores, o que não era desagradável, e os iludiu ainda mais quanto aos resultados. Quando me refiro à indução, falo do processo de apuração de dados de campo. Mais precisamente, segundo Mondin¹⁴:

INDUÇÃO: É uma forma de raciocínio com o qual, partindo de casos particulares, suficientemente documentados e enumerados, obtém se uma conclusão ou lei universal. É o processo da própria ciência experimental. Ao contrário da dedução, que obtém sempre conclusões apodíticas (parte de premissas certas), a indução (não podendo jamais efetuar uma enumeração completa dos casos particulares) só pode alcançar conclusões prováveis.

Quando um geólogo estuda uma formação qualquer, é natural que preceda com a colhida de uma amostragem para análise físico-químicas do material. Em posse dos dados obtidos, ele pode conjecturar que uma amostra maior daquele material possuirá as mesmas propriedades, e mesmo toda a formação geológica se esta é homogênea. Quando um sociólogo resolve analisar uma comunidade, caso resolva fazer um perfil completo do indivíduo-amostra, não possui nenhuma garantia que obterá o mesmo perfil ao analisar qualquer outro indivíduo do mesmo grupo. Ao contrário de uma rocha, espera-se, inclusive que os indivíduos difiram uns em relação aos outros, afinal dentro de um grupo social cada indivíduo assume papéis distintos e pode se revezar dentro deles conforme a conveniência do grupo. Essa qualidade humana é mais um desafio para o método, pois o objeto de estudo está em constante mutação. Logo um método analítico de indução oferece muito mais riscos a um sociólogo do que a um geólogo, naturalmente.

O problema epistemológico, quando visto pelas desastradas conseqüências do positivismo nas ciências humanas, assume um papel que vai muito além da esfera acadêmica e passa da tinta da caneta para o sangue. Assim cabe muita prudência sobre as afirmações que se devem fazer neste tema. Pontes de Miranda,

¹⁴ MONDIN, Battista. Introdução à filosofia:problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo:PAULUS, 2006, p.372

visualizava que era intransponível a dualidade metodológica. Afirmava que “*excluir qualquer dualidade seria absurdo, desde que existem homens e são eles que interpretam o mundo. O ser que interpreta o mundo só pode ser um ser que se afirma.*”¹⁵ Uma notável observação, pois a dualidade científica deriva da incapacidade do homem de entender a si mesmo enquanto pesquisador e objeto. Por conseqüência, esta incompreensão redundaria na teoria do livre-arbítrio, atributo restrito ao homem. Com este atributo em mente chegamos a uma conclusão um tanto natural do porque desta barreira epistemológica entre as ciências humanas (um conjunto a que o direito pertence) e as ciências exatas: o objeto de estudo das primeiras tem livre determinação, já o das segundas é indefeso à causalidade.

1.2 A LIBERDADE COMO ESSÊNCIA DAS CIÊNCIAS HUMANAS

Dentro da problemática das ciências humanas, CHAUI, bem expõe:

A ciência lida com fatos regidos pela necessidade causal ou pelo princípio do determinismo universal. O homem é dotado de razão, vontade e liberdade, é capaz de criar fins e valores, de escolher entre várias opções possíveis. Como dar uma explicação científica necessária àquilo que, por essência, é contingente, pois é livre e age por liberdade?

O grande problema do projeto positivista é a existência do conceito do livre-arbítrio. Explicá-lo é algo complexo, uma tarefa inglória que sempre rende polêmica, afinal ele é argumento fundador de muitas posições na ética, religião, direito, etc... Se uma pessoa não tem domínio dos próprios atos, para citar um exemplo do direito, como justificar a sua punição? Para a ciência de um modo geral a sua existência é muito mais impactante: apontamos até aqui que a possibilidade da *indução* é indispensável para o uso do método cartesiano; porém se há livre arbítrio, a pré-disposição dos fatos em um dado momento de tempo não necessariamente guardaria relação com os seguintes para este ser livre. É o mesmo que dizer que o passado não guarda relação com o presente. Isto é intransponível para a lógica.

¹⁵PONTES DE MIRANDA. *Systema de Scientia Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922 p.23

Considera-se que o homem seja dotado de livre-arbítrio. Este é inclusive um dos argumentos para a existência da alma. Platão afirma a liberdade absoluta do homem, reconhecendo uma natureza espiritual livre do tempo e do destino¹⁶. A alma explicaria o livre-arbítrio na moral cristã, o porquê do homem ser diferente dos outros animais, de ser o escolhido de Deus entre todos os seres do planeta. Afinal, a matéria é previsível (determinística), o homem não. O livre arbítrio é o elemento da transcendência da arte, afinal se a arte é criação, somente pode haver criação através da liberdade de criação do homem, senão seria tudo mera cópia. Essa percepção foi vigorosamente aceita no ocidente após Giambattista Vico definir a arte como um modo fundamental e *original* de expressão do homem¹⁷.

A liberdade volitiva e criadora do homem pode assim ser considerada o principal fator impeditivo para integração científica das ciências humanas e exatas. Para analisar esta afirmação vamos citar os principais pontos de atrito entre as ciências humanas e o *método*, citadas em GIL, 2008¹⁸:

- a) A falta de determinismo: Esta questão tem relação direta com a liberdade do indivíduo. Não se pode afirmar o que um indivíduo irá sempre agir de certo modo. Pode fazer-se prognóstico certo, mas não através do método. Às vezes o somatório de indivíduos pode harmonizar a diferença entre eles, porém quando articulados, grandes grupos podem ser manobrados a mercê de um único elemento.
- b) A falta de unidade de medidas: Se Lorde Kelvin afirmava que medir é conhecer, já Galileu conclamava “mede o que é mensurável e torna mensurável o que ainda não é”¹⁹. De fato o método científico é quantitativo, e a falta de unidades de medida nas ciências humanas é um argumento muito recorrente contra a sua seriedade. Todavia essas

¹⁶ PLATÃO APUD MONDIN, Battista. Introdução à filosofia:problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo:PAULUS, 2006. p. 65

¹⁷ MONDIN, Battista. Introdução à filosofia:problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo:PAULUS, 2006, p.165

¹⁸ GIL, Antonio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6. Ed. São Paulo:Atlas, 2008 p.4

¹⁹ PONTES DE MIRANDA. Systema de Scientia Positiva do Direito. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, p.1

unidades não existem porque o ser humano, ou as estruturas formadas por estes não são coerentes, mas sim pela natureza dos conceitos. Um exemplo é o conceito de ideologia de direita/esquerda: como definir se um grupo é mais a esquerda do que outro? Pesquisando as suas posições políticas sobre diversos assuntos. Mas quantos e quais assuntos devem indagados para que minha medição possua um grau objetivo e seguro? Para complicar esta medição, tanto o grupo como o individuo se modificam através do tempo, e são perecíveis. Se eu realizar quinhentas perguntas sobre a posição política do individuo, levarei tanto tempo para realizar tal tarefa, que até lá o estado do meu objeto de estudo se modificou, e as minhas observações não estarão todas em um mesmo referencial de tempo (a resposta para a primeira pergunta não seria a mesma quando feita a centésima e assim poderá haver contradição nas respostas). Se o ser humano fosse divisível em partes distintas, estáveis e bem definidas, poderia se fazer a correção do erro em função do tempo (da mesma forma como um objeto em movimento tem a sua posição alterada em função do tempo, mas devido a previsibilidade pode se saber onde estará a cada momento). Todavia a ação humana é imprevisível, e qualquer medição oferece apenas uma certeza relativa que decai rapidamente. Quando trabalho com grupos ainda há o dilema da pluralidade, pois os indivíduos-amostra tendem a divergir, embora o grupo seja o mesmo, algo impensável para amostras de objetos inanimados.

- c) O dilema do observador: é quando a simples observação já interfere no resultado do experimento. Para o exemplo do questionário do item acima, se pensarmos em um questionário de quinhentas perguntas a um individuo, a formulação das perguntas e suas respectivas ordens vão influenciar o conteúdo das respostas. Isto ocorre porque o ser humano é reativo, como todo ser vivo. Ele reage ao experimento, alterando as suas propriedades na medida em que este ocorre. O problema aqui é que o ser humano não reage apenas ao experimento, mas também ao meio em que este é feito, e não se pode impedir isto porque o individuo tem *liberdade* para ser assim, para pensar quando e o que quiser. Pode-se acorrentar um homem, do mesmo modo como se isola uma amostra, mas não as suas idéias. E a liberdade de pensar permite que o ser se transforme,

enquanto o é, através do pensamento. O pesquisador, um ser humano, também tem dificuldades quando estuda o homem, e pode tirar conclusões absurdas. Uma das causas da distorcida teoria do eurocentrismo era que o ocidental ao comparar o objeto de estudo, um grupo humano qualquer, com a sua amostra padrão, a sociedade européia, sempre trazia os seus preconceitos e a crença nos seus dogmas nativos, como costumes e leis. Desse modo as suas impressões não eram descritivas do objeto de estudo em si, mas sim uma manifestação subjetiva sobre as diferenças entre o objeto de estudo e seu modelo ideal de sociedade (a européia). Esta dificuldade, contudo se deve ao objeto de estudo ser mais complexo que o pesquisador e não uma falha do método em si. De toda forma, por mais objetivo que seja um estudo, não podemos lhe assegurar uma interpretação objetiva. O problema da interpretação de qualquer objeto é inafastável, e reside, novamente, na liberdade de interpretação do sujeito pesquisador.

- d) O problema da generalização: Se numa ciência natural a repetição de casos particulares induz a uma regra geral, nas áreas humanas, ela indica apenas às tendências. O homem se transforma ao longo do tempo por inúmeras razões, estando aberto à influência de liberalidades criativas (como a moda) para se auto-reconfigurar como indivíduo e grupo.

Como aqui demonstrado, pode se reduzir qualquer problema metódico das ciências humanas como um derivado da existência do livre-arbítrio do ser humano. Provavelmente você questionará que usei a expressão liberdade ora como livre-arbítrio (não causalidade), ora como fonte de criação de informação contraditória no meio da pesquisa (a possibilidade de se contradizer é predicado da liberdade humana), mas ambas as situações se inserem num mesmo contexto. O que temos de atentar é que de uma forma geral aponte que para toda falha sistêmica da epistemologia das ciências humanas a liberdade tinha a sua culpa. Com isso pretendo demonstrar que a causa última da diferença entre uma ciência natural e humana é a existência do livre-arbítrio, ou seja, a desobrigação do homem perante as leis da natureza. Isto é evidente, uma vez que as dificuldades que as ciências humanas encontram para adotar o *método científico*, como queriam os positivistas,

são dificuldades provindas do objeto de estudo, e não do método, em conjugação com outras dificuldades inerentes da epistemologia e da gnosiologia.

Contudo, embora durante toda a história o argumento do livre-arbítrio tenha sido de notável valor, o avanço da neurobiologia o tem colocado em risco. Por este motivo devemos reestruturar a nossa idéia de liberdade, colocando-lhe a salvo da derrocada da teoria do livre-arbítrio. Nas páginas que seguem será demonstrado porque o argumento do livre-arbítrio enquanto fuga da causalidade é frágil, e seguidamente, porque para o direito isto é indiferente.

1.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIBERDADE

1.3.1 Da não-existência enquanto livre-arbítrio

Conforme lembra Mondim sobre a existência da liberdade:

“Embora entre os filósofos a discórdia reine soberanamente, ao menos num ponto existe o consenso quase universal: a liberdade é o maior título de nobreza de que o homem é dotado, e por isso constitui também o seu primeiro direito, direito sagrado e inviolável”.²⁰

Embora até o presente momento tenhamos falado na liberdade como se ela fosse algo factível, vamos demonstrar que há evidências lógicas que impedem a sua comprovação dentro de um universo causal. A demonstração disso se dá em duas partes, primeiro vamos apontar que não é possível que qualquer ser lógico pensante possa tomar consciência precisa de onde vêm seus atos. Posteriormente se demonstrará que é logicamente impossível, dentro de um universo causal, localizar um dispositivo não determinístico, pois isso redundaria num argumento recursivo *ad infinitum*. Desta forma, acabará demonstrado que a liberdade de ação do sujeito não é demonstrável logicamente, e que é impossível que o sujeito rastreie a causa de seus atos, o que justificaria que cresce na sua liberdade de ação.

Para a prova da impossibilidade do sujeito de conhecer as causas dos próprios atos, vamos assumir que o aparato lógico pensante humano é feito de

²⁰ MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo:PAULUS, 2006 p.374

matéria subordinada às leis da física e que as condições de funcionamento desta matéria inanimada estão além do conhecimento do operador lógico que ela dá origem. Todo ser pensante, existindo necessariamente no mundo físico, tem um substrato material que obedece às leis da natureza. No ser humano, por exemplo, o cérebro é composto de sangue, gordura, íons, etc... Todo esse material obedece às leis da física, e sem ele não é possível nossa existência enquanto seres pensantes.

Caso falte sangue ao cérebro, perderemos a consciência. Este é um exemplo de como uma causalidade interna afeta o fenômeno da consciência. É consenso que uma pessoa mal alimentada apresenta dificuldades no raciocínio, e nessa linha é inquestionável que há fenômenos externos ao pensamento, mas internos ao ser que afetam o processo decisório humano. Para que fossem estes fenômenos acessíveis à nossa consciência, necessitaríamos de um sensor que informasse a consciência tudo o que se passa dentro da área submetida à causalidade do cérebro. Ainda que este aparato existisse, o sensor poderia apresentar um problema, prejudicando este controle. Para garantir que não houvesse nenhuma omissão à consciência, este sensor necessitaria de um segundo sensor que exercesse o controle de suas funções. Porém este sensor do sensor também está sujeito às intempéries da matéria, e também poderia apresentar um defeito, o que exigiria um terceiro sensor, e assim por diante *ad infinitum*. Logo seriam necessários infinitos sensores para que um ser pensante tomasse consciência de todos os fatores que afetam o seu aparato decisório. E sabemos que o infinito não pode ser materializado.

Isto vale para qualquer ser pensante: ainda que este fosse uma máquina, a mesma está sujeito ao aquecimento (entre outros agentes naturais desestabilizadores), prejudicando o processamento, e caso fosse feito o controle desta instabilidade, recairíamos na necessidade de infinitos sensores térmicos, tal como no exemplo anterior. Assim resta provado que não é possível a certeza absoluta sobre a origem de nossas vontades e idéias. E este é o argumento mais usado para justificar o livre-arbítrio: que podemos conhecer todos os pressupostos das nossas ações, e quando ela não saiu conforme previsto é porque esta idéia se originou “*do nada*”. Não nos diz nada o desconhecido das origens de uma idéia.

Agora vamos comprovar que não há estrutura submetida às leis da causalidade que possa ocasionar um fenômeno fora delas. Se fosse possível a existência desta estrutura, ela necessariamente deveria ocupar um lugar no espaço, ou melhor, estar em algum lugar. Qual seria este local onde reside o livre-arbítrio?

Partindo da demonstração de Damásio²¹ em seu livro *Erro de Descartes*, vamos supor que exista em algum lugar, dentro do ser humano, um dispositivo que tome sozinho as decisões com base nas informações sensoriais. Este dispositivo como vemos, seria a própria essência do ser humano, se localizável. Ele deverá conjugar todas as informações do meio que o cerca, pois se é através dele que o ser humano toma suas decisões, e estas se baseiam em todas as informações que o cerca, esta propriedade adere naturalmente ao seu *dispositivo-essência*. Esse *dispositivo-essência* é equiparável a um *homúnculo*²², uma estrutura fechada, com todos os atributos da racionalidade humana, sendo que o corpo do indivíduo onde está contido seria uma mera ferramenta a serviço deste dispositivo. Todo poder decisório caberia a ele, baseando em representações do mundo externo, que ele recebe via corpo humano (imagine que o corpo humano é como um veículo, e o homúnculo seu condutor). O livre-arbítrio por não ser dedutível (submisso às regras lógicas), é indivisível, pois do contrário não haveria como averiguar a co-relação entre as partes e o todo (entre outras soluções lógicas que atestariam essa indivisibilidade). Ora, aceitar o livre-arbítrio seria aceitar a existência desse homúnculo, pois se há uma estrutura mental capaz de tomar uma decisão absoluta baseada em uma multiplicidade de dados, essa estrutura preenche todas as propriedades necessárias para ser enquadrada na categoria de homúnculo.

Como este homúnculo procede para tomar as suas decisões? Não sabemos, mas podemos assumir que ele conseguiu tomar suas decisões por ter outro homúnculo dentro de si. E esse homúnculo interno do nosso homúnculo inicial, logicamente só desempenha as suas funções porque deve ter outro homúnculo dentro de si. E assim *ad infinitum*. Logo não deve existir em substância qualquer dispositivo biológico que permita a ocorrência de livre arbítrio. Pode se esmiuçar um cérebro molécula por molécula, e nunca será encontrado nada desta natureza, por mais sedutora que pareça a ideia, por uma questão de lógica, não de esforço.

Sob uma ótica puramente lógica, o ato livre é sólido (indivisível analiticamente), mas emana do ser humano que é divisível logicamente. Podemos

²¹ DAMASIO, Antonio R. *Descartes's error: Emotion, reason and the human brain*. New York: Avon Books, 1995 p. 227. i.e. a demonstração em si é sobre a teoria do homúnculo. A obra em si é um desmonte desse modelo, e prescreve as bases biológicas da deliberação humana.

supor que a menor unidade absoluta que consideramos dotado de livre-arbítrio é o próprio homem. Podemos tentar ao invés do homem, falar cérebro, ou qualquer outra estrutura, mas não eliminamos o problema: a questão é que essa estrutura sempre poderá ser decomposta em uma componente biológica dedutível, mas deve ser considerada absoluta para que permita a existência do livre-arbítrio. Assim temos que o ser deveria ser composto dele mesmo indivisível, e mais ainda uma coisa qualquer dedutível. Isto é o mesmo que dizer que o todo é maior que o somatório das suas partes. Como isto é um absurdo, não pode existir em nosso universo materialista algo como o livre-arbítrio, exceto enquanto ilusão.

Outro trabalho elucidativo sobre a natureza do livre arbítrio é o ensaio sobre esta matéria que Schopenhauer enviou a academia real norueguesa em 1839, em resposta ao concurso promovido pela mesma sobre o tema. Nesta obra, Schopenhauer realiza um dos mais notáveis trabalhos introspectivos sobre o funcionamento da mente: sua magnificência não é dada pelo prêmio que acabou recebendo, mas pelo modelo de mente simples, conciso e funcional que concebeu.

A linha de raciocínio começa pela percepção de que o conceito de liberdade é negativo, ou seja, é uma formulação baseada na ausência de qualquer impedimento (força), este sim um conceito positivo²³. Avançando no conceito, o filósofo alemão faz a divisão da liberdade entre física e moral, para deixar claro que quando falamos da liberdade moral, a palavra livre assume o sentido de “*conforme a vontade*”: “O conceito empírico de liberdade autoriza-nos a dizer: - ‘Eu sou livre, desde que possa fazer aquilo que quero’; mas essas palavras “o que quero” pressupõem já a existência da liberdade moral”. Então Schopenhauer passa para a questão da liberdade do querer, pois o problema da liberdade moral foi deslocado sobre o querer com esse argumento, e assim o pensador questiona:

“Ora, é precisamente a liberdade de querer que agora está em questão, devendo, pois, o problema apresentar-se da seguinte maneira: - “E podes também querer o que queres?” - o que faria presumir que todo ato de volição dependesse ainda de um ato de volição precedente. Admitamos que

²² i.e. o homúnculo seria “como uma pequena pessoa dentro do seu cérebro, percebendo e pensando sobre as imagens que o cérebro forma. É certamente uma perpétua recriação do estado biológico”. Ibidem.p. 99

²³ SCHOPENHAUER, Arthur. O livre arbítrio. In: Os Grandes Clássicos da literatura. Vol III. São Paulo: Novo Horizonte S/A, 1982 p.151

se respondesse em sentido afirmativo a essa pergunta; logo, porém, se nos depararia outra: - “E podes também querer aquilo que queres?” - e assim, indefinidamente, iríamos escalando a série das volições, considerando cada uma delas como dependente da volição anterior e de ordem mais elevada, sem jamais chegar por esse caminho a uma volição primitiva suscetível de ser considerada como isenta de qualquer relação ou de qualquer dependência”.²⁴

O próximo conceito abordado por Schopenhauer é a da necessidade. Este conceito é positivo, indispensável para estabelecer o sentido negativo de liberdade: “diz-se necessário aquilo cujo contrário é impossível, ou aquilo que não pode ser de modo diverso”²⁵. Se algo o é por ser necessário, logo não é livre. A idéia da necessidade se pauta pela consequência do ato. O ato diz se necessário somente quando a sua consequência o é, pois é a consequência que buscamos pela ação. “Assim o vocábulo livre significa o que não é necessário sob relação alguma, o que independe de toda a razão suficiente”²⁶. Uma vontade livre seria aquela cujas volições surgiriam por acaso e sem qualquer provocação, independente de todo vínculo causal e de toda regra lógica²⁷.

Após essas considerações iniciais, Schopenhauer passa para o exame do instituto da consciência. Esta o autor conceitua como “a percepção (direta e imediata) do “eu”, em oposição dos objetos exteriores, porém essa percepção é orientada pela vontade, assim Schopenhauer chega a dizer que “*a vontade é, pois, o objeto principal, direi mesmo o objeto exclusivo da consciência*”. A consciência assim é a seqüência das vontades manifestas do sujeito. Em consequência, descobrir a causa do querer é descobrir como funciona a consciência em certo momento. Todavia, somente através da consciência podemos ter ciência, e assim nos deparamos que estamos usando a consciência para descobrir como ela própria é feita. Como vimos que a consciência é um teatro de vontades, não pode ela dizer nada sobre alguma coisa que não seja externo a si, pois ela é uma

“causa demasiado simples e demasiado limitada para facultar questões desta natureza. Essas questões de causalidade e de necessidade surgem no intelecto puro que é voltado para o avesso, não podendo ser

²⁴ SCHOPENHAUER, Arthur. O livre arbítrio. In: Os Grandes Clássicos da literatura. Vol III. São Paulo: Novo Horizonte S/A, 1982 p.156

²⁵ SCHOPENHAUER, Op. Cit p.151

²⁶ SCHOPENHAUER, Op. Cit p. 159

²⁷ SCHOPENHAUER, Op. Cit p. 160

conduzidas a uma expressão filosófica senão diante do forum da razão reflexiva. (...) O seu testemunho, em relação as volições, que a todos é dada auscultar no seu recôndito, pode exprimir-se mais ou menos assim, quando ela se acha despida de todo acessório inútil e estranho a questão, afim de conduzi-la ao seu mais estrito conteúdo: 'Eu posso querer, e quando eu *quiser* um ato qualquer, os membros do meu corpo capazes de movimento (e de movimento, subentende-se, que se situe na esfera dos voluntários), efetua-lo-ão no mesmo instante, com a máxima presteza e precisão'.

Em poucas palavras, isso quer dizer: EU POSSO FAZER O QUE QUERO".²⁸

Diante da incapacidade da consciência em oferecer os fundamentos de seu próprio funcionamento (o que é natural, pois esperar que a consciência conhecesse todas as causas de si própria seria como para o exemplo anterior, do ser pensador onisciente, esperar que sua existência não violasse a lógica) temos a ilusão que a nossa vontade é espontânea, quando apenas as suas causas são inacessíveis à consciência pura. Um dos fundamentos ilusórios do livre-arbítrio é a impressão que temos de ser possível optar entre duas vontades possíveis, afinal a consciência é capaz de abrigar qualquer uma delas. Ocorre, contudo que podemos querer realmente apenas uma coisa em dado momento, e não duas coisas opostas. O querer é diferente de representar mentalmente, a volição é muito mais que uma mera representação, pois comanda a ação. Caso contrário não teria um nome próprio e um significado tão forte. Não se podendo querer duas coisas opostas ao mesmo tempo, e sendo sempre motivado o querer, não há como a consciência ordenar ao corpo fazer alguma coisa aleatória. Em razão do livre-arbítrio não existir de fato, a liberdade é um conceito negativo.

1.3.2 da existência enquanto fundamento da injustiça

Contudo a existência, ou não, do livre-arbítrio, não desqualifica o conceito de liberdade perante o direito. Como exemplo, vamos apontar uma função que a liberdade exerce na idéia de justiça, alheia ao fundamento do argumento do livre-arbítrio. A questão é que eliminar a *disposição sobre os próprios atos* tornaria inviável o direito. Afinal, como podemos dizer que alguém cometeu uma injustiça se agiu sem responsabilidade sobre seus atos?

²⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. O livre arbítrio. In: Os Grandes Clássicos da literatura. Vol III. São Paulo: Novo Horizonte S/A, 1982 p. 170

Para melhor entender isto vamos analisar a noção de justiça, partindo do seguinte dilema: pode-se uma pessoa cometer injustiça contra-si própria? Aristóteles tinha firme convicção que não²⁹, pelo que explica:

“De fato, isto implicaria a possibilidade de a mesma coisa ter sido simultaneamente subtraída e acrescentada à mesma coisa; mas isto é impossível, uma vez que o justo e o injusto envolvem mais de uma pessoa. Além disso, a ação injusta é voluntária e praticada por escolha, e a ela pertence a *iniciativa*.”³⁰

Visualizamos dois elementos na sua explicação que são fundamentais na idéia de justiça: o primeiro é a idéia de *retributividade*. Ainda que o justo não envolvesse mais de uma pessoa, seria assim impossível ser injusto contra si próprio: se um homem fez um mal a si mesmo, o agir mal é compensado pelo “*castigo*” de ter sofrido as próprias conseqüências de seu ato. A vantagem de se considerar nulo esse tipo de injustiça seria que a punição pelo fazer mal a alguém (ainda que a si próprio) é a mais justa possível, na medida em que ela revela toda a extensão das conseqüências do ato, nem menos nem mais do que isso. A idéia é tão universal e básica, que ninguém ousaria conceber que alguém fazendo um mal contra si próprio devesse ser punido por isto. Se a punição deve ser proporcional ao mal, não há como discordar que sofrer o próprio mal que se cometeu é a mais eficiente das punições.

O segundo elemento é a vontade. Não foi pela idéia de livre-arbítrio que ela adentrou no direito, pois esta questão sobre a origem das vontades é muito mais recente que o estado: os argumentos em prol da causalidade começaram a ganhar força depois do renascimento europeu e a conseqüente revolução científica. De praxe, se aceitava que os homens tinham *responsabilidade* sobre a sua vontade. O que cabia ao direito, isto sim, era determinar quando o comportamento não era voluntário para se afastar a responsabilidade. Este era o problema do direito: não era saber quando punir, mas sim quando não punir. No livro III de *Ética a Nicômaco*, vemos com clareza isto, pois no seu capítulo I, que aborda a diferença entre atos

²⁹ ARISTÓTELES (384-322 a.c.). *Ética a Nicômaco*. São Paulo:Martin Claret, 2005 p.126

³⁰ ARISTÓTELES (384-322 a.c.). *Ética a Nicômaco*. São Paulo:Martin Claret, 2005 p.126

voluntários e involuntários, presta-se o Estagirita apenas a discorrer quando não devia se punir:

“Como tudo o que se faz forçado ou por ignorância é involuntário, o voluntário parece ser aquilo cujo princípio motor está no próprio agente quando este tenha conhecimento das circunstâncias particulares em que está agindo”³¹

As definições do ato voluntário e involuntário assim nascem para o direito, fundando os conceitos de dolo e culpa. O direito, contudo, pode às vezes ser imoral, pois “a moralidade dos atos repousa na própria subjetividade de quem age, enquanto o direito exige instâncias objetivas”³². Nos casos de responsabilidade civil objetiva, por exemplo, o direito é indiferente a voluntariedade do ato. Entrementes, a norma geral é que o direito não se distancie da moral, e desse modo a voluntariedade do ato assume um papel importante na psicologia jurídica. Bem define Aristóteles:

“Posto que a virtude se relaciona com paixões e ações, e apenas e ações voluntárias são louvadas ou censuradas, ao passo que as involuntárias recebem perdão e às vezes inspiram compaixão, parece necessário a quem estuda a natureza da virtude a distinção entre o voluntário e o involuntário. Tal distinção também será útil ao legislador com respeito à atribuição de honras e aplicação de castigos.”³³

O fato de os atos terem sempre relação com objetos externos ao indivíduo, não desqualifica a responsabilidade deste sobre os seus atos. Pelo contrário, pelo fato dos atos do indivíduo obedecer à causalidade, é que não pode o indivíduo se esquivar da sua responsabilidade com a desculpa que seus atos se originaram *do nada*. Com efeito, afirmava Schopenhauer sobre isto:

“Esta verdade consiste no sentimento perfeitamente claro e seguro da nossa responsabilidade moral, da imputação a nós mesmo dos nossos próprios atos; tal sentimento repousa nessa indefectível convicção que nós mesmos somos atores das nossas ações. Por esta íntima convicção, a ninguém vem à lembrança, nem mesmo a quem esteja perfeitamente persuadido da necessidade da concatenação de nossas ações, alegar esta necessidade em abono de qualquer transvio, deitando a culpa sobre os

³¹ ARISTÓTELES (384-322 a.c.). *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 59

³² FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Domínio*. 4 ed. São Paulo: Atlas S/A, 2003, p.350

³³ ARISTÓTELES (384-322 a.c.). *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 56

motivos que o induziram a agir, se bem seja acertado que, uma vez aqueles presentes em campo, a sua ação deveria produzir-se de modo inevitável.”³⁴

Resta que o direito não pode assim excluir a autonomia dos indivíduos, pois ao se tirar a liberdade destes, perde-se a legitimidade moral para punir. E este argumento permanece válido independente de existir ou não livre-arbítrio.

1.4 O DIFERENCIAL DO DIREITO

Após esta exposição sobre os fundamentos da liberdade, mergulhamos no ponto fulcral da relação entre a liberdade e a epistemologia do direito: se assumir a existência da liberdade é o que de fato distingue uma ciência humana de uma ciência exata, então dentre todas essas ciências não deterministas, se destaca o direito, de forma única, pois se para as outras ciências humanas a liberdade do sujeito é um elemento de instabilidade do processo dedutivo, no direito o conceito de liberdade é imposto pela teleologia do direito: a promoção da justiça.

Para o conhecimento em geral, quanto mais se conhece a origem dos atos volitivos, as razões do agir humano, mais fraco é o argumento da liberdade. No direito não. Aqui, a liberdade vai ser inafastável e inegociável para com as pretensões de unificação do conhecimento em bases puramente deterministas, pois a liberdade não serve como explicação de fenômenos, e sim como uma propriedade atribuída ao indivíduo para que a justiça seja maximizada.

A liberdade não pode ser expurgada da teoria jurídica, sob pena de desmoronar os fundamentos morais do direito. Mas a liberdade não existe apenas enquanto fundamento da moralidade jurídica. Ela também exige um espaço, uma quantidade ainda que não mensurável, logicamente traçável, que garante a sua estabilidade quantitativa por mais que o direito evolua em suas teorias e cresça.

Nas páginas que se seguem, mostraremos que a administração da justiça intrinsecamente impõe limitações a fúria legislativa, sobre pena de desvirtuação do sistema jurídico, e impossibilidade que o sistema institucionalizado ofereça justiça. Mais a frente nós abordaremos a indecibilidade, apontando como o direito possui

³⁴ SCHOPENHAUER, Arthur. O livre arbítrio. In: Os Grandes Clássicos da literatura. Vol III. São

estruturas dedutivas não resolvíveis, e porque o direito não pode ser totalmente formalizado, se afastando de suas bases morais. No que se refere a atividade judicial, vamos mostrar que ministrar justiça é uma prática que somente pode ser realizada pelo ser humano, visto que somente o ser humano é livre o suficiente para abdicar da *operação lógica inconsistente*: um computador, programado para julgar, com todas as normas e princípios em seu banco de dados, diante de alguns dilemas certamente entraria em pane devido a um conflito de normas. Dessa forma não pode jamais o ser humano abdicar do seu papel de administrador da justiça.

Se a tendência dos demais ramos científicos assolados pela liberdade da criatura humana é serem absorvidos pelas ciências naturais, escorrendo como areia na ampulheta da causalidade, ela não se aplica ao direito, pois a liberdade não tem um papel de erro sistemático dentro de si, mas sim de instrumento indispensável aos seus fins.

1.5 UM CRITÉRIO OBJETIVO: A JUSTIÇA

A riqueza e a diversidade do direito nos colocam diante de um dilema sobre a escolha dos parâmetros sobre os quais devemos demonstrar o papel da liberdade sobre o direito. Sem dúvida o direito assume várias facetas de acordo com o local e o povo onde é construído, mas um conceito que permeia a sua formulação é o conceito de justiça, e por isso sobre ele recai a responsabilidade de ser a variável que iremos estudar nos dois capítulos seguintes.

A primeira pergunta que nos cabe fazer é se a justiça é um instituto objetivo ou subjetivo: ou seja, se os fundamentos da justiça são racionais ou empíricos, ainda de outra forma, se os argumentos da justiça são universais ou não.

O que é justiça? Analisando a etimologia do termo, nos deparamos com *Justum*, forma de *jussum*, aquilo que foi ordenado. Já para a vertente helênica do verbete, achamos *δίκαιον* oriundo de *δικη*, mais usado para petição jurídica.³⁵ Já dentro da visão germânica, temos o termo alemão *recht*, de onde deriva os ingleses *right* e *righteous*, que em seu significado original atentavam para a retidão

física, da mesma forma como o termo *wrong* e seus equivalentes latinos significam torcido ou tortuoso. Assim pode se apontar que *certo* inicialmente não significava *lei*, mas sim que *lei* significava certo. O fato desses termos, tendo ligação direta com a lei positiva, serem usados para designar conceitos morais nos leva à razoabilidade da tese de que o conceito de justiça nasceu da ideia de conformidade à lei, e posteriormente se afastou desta. Em que momento isso aconteceu na história humana? tribuir este processo aos gregos não é de todo estranho, pois nas escrituras clássicas se faz essa diferenciação de uma visão não lapidada da justiça como mera igualdade para argumento de legitimidade da lei, permitindo que se nasça a ciência política.

Pela visão helênica há sim uma clara componente objetiva da justiça, pois ela é a igualdade, e “*o justo, é por conseguinte, uma espécie de termo proporcional*”³⁶. Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles já vê como certo que algumas componentes da justiça são naturais, e faz a valiosa observação de que a equidade serve a justiça na medida em que é necessária para se corrigir a lei nos casos em que está não serve aos casos particulares³⁷.

Uma abordagem distinta, levantada por J. S. Mill no capítulo V de seu *Utilitarismo*, intitulado *Da conexão entre justiça e utilidade*, foi partir do estudo dos usos do termo *justiça*³⁸, melhor, de quando se percebe que uma situação é injusta. Nessa análise, ele cita cinco exemplos de injustiça: 1)privação de liberdade; 2)negar um direito moral por meio da lei; 3) negar a proporção entre merecimento e justiça; 4) injusto é faltar a palavra; e por fim 5)ser parcial. Destes cinco exemplos podemos apontar que três se referem à voluntariedade (exemplos 1, 3 e 4), um ao monopólio da moralidade que reside na justiça moral em detrimento a legal, elemento 2, e o último remete a idéia da igualdade. A ideia da igualdade é o que há de mais objetivo na relação de justiça. A idéia da voluntariedade é o primeiro princípio informativo que escolhemos para aprofundarmo-nos na idéia da justiça.

Como sabemos se uma ação é voluntária ou não? O conceito de voluntariedade é subjetivo e simplesmente não há modo mais eficaz de determinar a sua existência, se não o *de nos colocarmos nas circunstâncias do fato*, para

³⁵ MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Lisboa: PORTO, 2005 p. 88 Cap V §12

³⁶ ARISTÓTELES (384-322 a.c.). *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p.109

³⁷ ARISTÓTELES (384-322 a.c.). *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p.125

visualizar se haviam elementos suficientes para caracterizar a voluntariedade do ato. Uma vez realizado este processo, a relativa certeza sobre a voluntariedade do ato somente é abalada pelas convicções (critérios subjetivos e empíricos) pessoais do analista sobre a prudência necessária que deveria recair sobre o analisado antes e durante a ação. Assim, o critério da voluntariedade na justiça é objetivo quanto aos fatos e subjetivo quanto ao preparo do agente.

Agora, sobre a idéia de igualdade, ela não é tão objetiva quanto parece. A justiça repousa sobre a igualdade, mas esta sendo do tipo material ou formal? Isto é uma opção do interprete do caso! Ambas são válidas e não há nada na justiça que assegure a preferência por um ou outro critério, sendo que as soluções divergem bastante em função disso.

A finalidade da justiça é por fim o último ponto a ser analisado. Mill confusamente pensava que o fato de o argumento do que é justo variar conforme as circunstâncias, tornava este conceito meramente instrumental, pois

“se a justiça for totalmente independente da utilidade e constituir um padrão per se que a mente pode reconhecer por simples introspecção, será difícil compreender que esse oráculo interno é tão ambíguo, e porque razão tantas coisas parecem justas ou injustas consoante a luz que vemos.”³⁹

Todavia, isto é o mesmo que dizer que a água não existe por si só, dado que às vezes é sólida, às vezes gasosa conforme a vontade do homem. Não é que a justiça não exista de um modo objetivo mas a diversidade de suas facetas é que é apresentada ao sabor de quem a invoca, e este o ponto de vista que devemos defender aqui. A justiça tem suas raízes na natureza, como uma arte do bem conviver, em última análise, pois podemos facilmente reconhecer seus princípios, por meio do raciocínio. Se estes são reconhecíveis pelo raciocínio, há de certo uma parte formal invariável na justiça, e a questão é descrever como é feito este reconhecimento.

Mill lembra que na natureza já reside o instinto de justiça, na medida em que os animais praticam a retaliação. É claro que a justiça vai além da simples retaliação, mas podemos ver nela as suas raízes biológicas. Contudo, estas raízes ainda são rastreáveis na contemporaneidade, quando visualizamos a permanência

³⁸ MILL, John Stuart. Utilitarismo. Lisboa: PORTO, 2005 Cap V §4º ao 9º pp. 85-87.

³⁹ MILL, John Stuart. Utilitarismo. Lisboa: PORTO, 2005 Cap V §26 p.95

do instituto da retaliação na medida em que as pessoas pensam que se deve castigar aqueles que agiram mal, sem mediar outras soluções. Desse modo, não estamos fazendo mais do que liberar nossos sentimentos de retaliação e vingança.⁴⁰ Agora é nesse ponto que devemos atentar para a racionalidade da justiça. Fundamentado no que devemos aplicar castigos nas pessoas? Uma resposta boa seria, por que elas não oferecerão mais perigo. E que perigo o filho pequeno oferece ao pai quando é castigado? Então resgatamos o sentido pedagógico do castigo. Mas o sistema carcerário é pedagógico? Um homem adulto se regenera pelo castigo, ou por medo dele? Vemos que a justificativa para a retaliação sempre acompanha os contra-argumentos, pois um fundamento da justiça é que ela não se serve da mera vontade, mas sim de um fundamento externo ao homem, a explicação. Logo quando um argumento é derrubado, é necessário que crie outro para que o ato, uma vez não sendo fundamentado seja considerado injusto. É por isso que algo injusto somente pode assim ser enquanto voluntário. Pois se há uma “justificativa”, que extinga o caráter arbitrário do ato, este passa a ser justo, afinal o ato teve suas razões.

Outra observação importante é que as orientações da justiça não são positivas, mas sim negativas. Elas não dizem o que se deve fazer, mas sim o que não deve. São normas como “*não se deve agir sem motivos contra o outro*”, “*não se deve ser parcial*”, etc... É a combinação destas disposições negativas com os argumentos que possibilitam a variedade de comportamentos justos. Por isto, é um erro lógico supor que a noção de justiça é distinta para cada pessoa. O que ocorre é que a justiça impõe um *molde* negativo para ação, cabendo a escolha da ação positiva ao indivíduo, e desse ponto em diante surgem divergências. Portanto não cabe se afirmar que para cada caso há uma única solução justa, mas sim que há soluções, dentro do que foge à injustiça.

A componente racional da justiça é comprovada pela influência que a interpretação do fato, exerce para a percepção da injustiça, Mill exemplifica:

“Entende-se que todas as pessoas têm direito a um tratamento igual, exceto quando uma conveniência social reconhecida exige o inverso. Por isso, todas as desigualdades sociais que deixaram de ser consideradas convenientes assumem o caráter, não de simples conveniências, mas de injustiças, e parecem tão tirânicas que as pessoas tendem a ficar surpreendidas por elas terem sido toleradas alguma vez, esquecendo-se de que elas próprias talvez tolerem outras desigualdades sob uma noção de

⁴⁰ MILL, John Stuart. Utilitarismo. Lisboa: PORTO, 2005 Cap V § 21. p.93

conveniência igualmente errada e que sua correção faria parecer aquilo que aprovam tão monstruoso como aquilo que, por fim, aprenderam a condenar.”⁴¹

Ora, o que a situação acima descreve é que apenas a reinterpretação da realidade por si mesma pode rotular uma relação como injusta. Sem alteração de qualquer elemento axiológico, mas sim a mera capacidade de se ver o outro como igual, o que até então era dificultado pela *conveniência social*, é o bastante para que um fato seja revisto sobre o critério da justiça.

Resta assim que a justiça é composta de duas componentes, uma componente formal e objetiva, e outra empírica. A componente formal abraça os consagrados ditames geométricos da justiça, igualdade, imparcialidade, etc... A componente empírica é uma correlação entre o sentimento de justiça e os nossos valores. Cada uma dessas componentes é influenciada por juízos distintos: a parte formal pelos juízos de fato e juízo de valor, ao passo que a parte empírica pelo juízo de valor. Considera-se dupla a influência sobre a parte formal, pois esta é a mais vulnerável e variável de ambas.

O juízo de valor tem sua atuação durante o processo de somatização do caso concreto. Funciona da seguinte forma: para se medir a injustiça se deve colocar-se no lugar da vítima para entender o dano e a sua extensão. Esse processo ocorre através da *somatização*, onde avaliamos o que sentiríamos se estivéssemos no lugar do *outro*. O conceito de *somatização* aqui empregado difere do usualmente praticado na psiquiatria, isto é, quando uma dor emocional se expressa através de uma dor física⁴², mas nem tanto assim, uma vez que é dolorosa a injustiça.

A LIBERDADE E A EFICIÊNCIA DAS LEIS

Dworkin ao falar da ética liberal critica que os filósofos desta área tenham uma visão restrita ao afirmar que o liberalismo é uma teoria do correto ou justo, sem ser do bom, e esperar que por si só isto convença as pessoas a serem liberais. Na sua concepção deveriam trazer a ética ao seu modelo, tornando sua visão mais

⁴¹ MILL, John Stuart. Utilitarismo. Lisboa: PORTO, 2005, Cap V §36, pp.103-104

⁴² GOLEMAN, Daniel. Inteligência Emocional. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p.65

consistente e continua sobre o bom, tornando-se atraente.⁴³ Neste capítulo vamos apresentar a tese evolução da moral no indivíduo de Kohlberg, com uma finalidade capciosa: aplicar o conceito de justiça apresentado no capítulo anterior para mensurar a justiça em função de ética e coercitividade do ordenamento, numa expressão matemática, e assim apresentar um modelo contínuo que relacione ética e liberdade, como quis Dworkin.

Não é muito difícil imaginar a utilização de operadores matemáticos para descrever a justiça, em operações tais como relacioná-la proporcionalmente a igualdade social (por exemplo, quanto maior a igualdade entre as partes maior a oportunidade de defesa equânime), ou a propriedades qualitativas do devido processo (v.g. a justiça oferecida pelo judiciário é proporcional a qualidade das regras processuais). Porém essas relações matemáticas são simplórias, muitas vezes meras correlações unidimensionais.

É indubitável que guarda a justiça fina relação com a ética. Nas palavras de Ferraz Jr, a justiça é o *princípio* e o *problema* moral do direito⁴⁴, e até o desenvolvimento de qualificadores formais da ética, qualquer tentativa de parametrizar numa escala estava condenada ao ridículo, pois o que sempre se tentou foi abordar a ética de modo material, ou seja, comparar valores, para se ver quem tinha a moral mais elevada. Obviamente que desse modo os relativistas sempre podiam opor argumentos razoáveis no sentido de que é muita presunção de um indivíduo considerar seus valores mais elevados que os dos demais. Além do que nunca se encontrou na natureza algum valor tão supremo que não fosse violável, afinal nem mesmo a *vida* se encontra nessas condições, visto que alguns animais precisam matar outros para se alimentar e assim sobreviver, por exemplo.

Todavia, os surgimentos de teorias formais da ética dão subsídios para que se possa mensurar a capacidade do sujeito de responder a determinados comportamentos sob o prisma ético. Para entender essa revolução, imaginemos que a era da ética material, seria como a era anterior ao surgimento dos números. Assim, caso quiséssemos realizar somar laranjas, o máximo que poderíamos saber

⁴³ DWORKIN, 1990 APUD HABERMAS, Jürgen. Factilidade y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría Del discurso. Madri:Trotta S.A., 1998, p.128

⁴⁴ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Domínio. 4 ed. São Paulo: Atlas S/A, 2003 . p.356

ao se somar algum tanto de laranjas com mais outro tanto, é que tínhamos muitas laranjas. Afinal não há números para mensurar as quantidades, apenas apontamentos subjetivos. Obviamente que dessa forma não se podem realizar operações mais complexas, nem chegar a parametrizações mais abstratas.

Neste capítulo estudaremos inicialmente um modelo de ética formal, inspirado no modelo de desenvolvimento moral de Kohlberg, e o relacionaremos com a teoria de justiça apresentada na seção anterior. Depois, prosseguiremos com a relação entre liberdade e justiça, dentro do nosso modelo, para argumentar que a normatização de condutas pode induzir a injustiças, uma vez que o entendimento zetético do juiz é prejudicado pela vinculação da decisão à lei. Assim formularemos com auxílio da matemática a curva de eficácia do ordenamento jurídico em distribuir justiça com base no grau de regulamentação da sociedade, para comprovar a existência de um ponto onde apartir do qual a excessiva normatização induzirá a injustiça.

2.1 UM MODELO DE ÉTICA FORMAL

A ética formal nasce com Kant, quando estabelece seus imperativos categóricos não-axiológicos. Embora seja de todo genial a obra kantiana, as soluções apontadas para a fundamentação da moral sempre foram alvo de intensas críticas. Kant não faz brotar uma autêntica ética formal, quer dizer, iniciou o processo, mas diante do dilema da relatividade dos valores materiais, não conseguindo ficar omisso diante da questão, tomou a solução paradoxal de tomar o homem um fim em si mesmo. Como define BARATA,

“Com efeito, uma coisa é dizer que as nossas máximas deverão conformar-se à forma de lei universal e que, para estarmos a agir genuinamente por dever, tal conformação deve resultar do respeito pela forma de lei universal; outra, bem diferente, que já não é reconhecível simplesmente como agir por respeito à forma de lei universal, consistiria em essa forma se assumir ainda e simultaneamente como matéria.”⁴⁵

O problema de se construir uma ética formal, é que ela não deve prescrever valores, caso contrário estaria se comportando como uma ética material.

⁴⁵ BARATA, André. Agir por dever e ética formal. Covilhã:Univ. da Beira Interior, 2008. p. 32

Provavelmente quando Kant concluiu o raciocínio dos seus imperativos, deveria estar se sentindo muito satisfeito de formular uma teoria moral sem falar de valores, pois justificava o fim da ação no homem, que está acima de qualquer valor. Não notou que, como lembra FERRAZ JR que:

“(...)no momento em que colocamos o homem como centro do mundo, como o único fim por si, portanto como a única coisa valiosa por si, todo o restante torna-se algo banal, não valioso, salvo quando tem um sentido para o homem, salvo quando é instrumento para o homem.”⁴⁶

O deslize de Kant, porém não inviabiliza a ética formal. Maior dano foi que as pesquisas dessa área se limitaram a sua obra majoritariamente. Entrementes, acredito que se pode revitalizar esta área de estudo com um modelo surpreendente retirado da área da pedagogia.

O modelo em questão é o de Lawrence Kohlberg, que o apresentou em sua tese de doutorado em 1955, com o objetivo de aplicar aos adolescentes a investigação iniciada por Piaget em 1932 sobre o desenvolvimento do juízo moral em crianças⁴⁷. O seu método foi o mesmo de seu mestre, que assumia que as construções morais da criança se centrariam no sentido de justiça que já havia desenvolvido. A criança em seu desenvolvimento é como um filósofo que constrói significados sobre categorias ou questões universais como justiça. Assim, o pesquisador escolheu casos de reflexão, para que rastreasse ao longo das faixas etárias a via cognitivo-evolutiva da moralidade. Partindo do trabalho de Piaget, Kohlberg visualizou que deveria haver estágios de desenvolvimento, onde se estabilizariam as condutas até o momento em que o indivíduo passasse para o próximo nível. Das pesquisas de Piaget adicionou três estágios de desenvolvimento aos três prévios de seu mentor, e elaborou a seguinte classificação de estágios⁴⁸:

NÍVEL A – Pré Moral

Estágio 1: Orientação ao castigo e obediência

Estágio 2: Ingênuo hedonismo instrumental

NÍVEL B – Moralidade de conformidade as relações convencionais

⁴⁶ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Domínio. 4 ed. São Paulo: Atlas S/A, 2003 p.25

⁴⁷ KOHLBERG, Lawrence. Psicologia del desarrollo moral. Bilbao: Desclée de Brower, 1992, p.33

⁴⁸ KOHLBERG, Lawrence. Psicologia del desarrollo moral. Bilbao: Desclée de Brower, 1992, p.35

Estágio 3: Moralidade de manutenção de boas relações com os outros.

Estágio 4: Moralidade manutenção da autoridade

NIVEL C – Moralidade de princípios morais auto-aceitos

Estágio 5: Moralidade de compromisso e direito individuais

Estágio 6: Moralidade de princípios individuais de consciência.

Kohlberg esperava para validar seu estudo que esse padrão se encaixasse em uma escala hierárquica observada universalmente em todas as sociedades e culturas, bem como o invariante respeito a esta hierarquia. Para levantar dados, foi montado o seguinte questionamento:

Uma mulher estava a ponto de morrer de câncer. Havia um medicamento que poderia salvá-la, uma forma de *rádio* que um farmacêutico da mesma cidade havia descoberto recentemente. O farmacêutico cobrava U\$2000,00 dez vezes mais do que o que o medicamento realmente custava. O marido da mulher enferma, Heinz, tentou de todos os modos conseguir o dinheiro emprestado, mas não conseguiu juntar mais do que a metade do que custava. Falou ao farmacêutico que sua mulher estava morrendo e pediu que lhe vendesse o medicamento mais barato, ou que o deixasse pagar depois. Mas o farmacêutico disse que não. O marido desesperado forçou a entrada no estabelecimento para roubar o medicamento para a sua mulher. Deveria ter feito isto o marido? Por quê?⁴⁹

As respostas se encaixavam de acordo com os respectivos estágios apresentados na tabela a seguir. A aplicação do teste em múltiplas culturas comprovou as idéias de Kohlberg sobre hierarquia e universalidade, entre outras peculiaridades que não nos interessam neste trabalho.

⁴⁹ KOHLBERG, Lawrence. *Psicologia del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée de Brouer, 1992, p.85

Tabela 1: ESTÁGIOS MORAIS EM FUNÇÃO DO DILEMA-CHAVE

Estágio	Descrição	
Estágio 1	Os motivos e conseqüências de necessidade do ato se ignoram ao julgar a maldade, porque se centra em uma irrelevante forma física do ato ou em suas conseqüências.	
	A favor	Deveria roubar o remédio. Não há mal em roubar, Heinz tentou pagar primeiro. O medicamento vale U\$200,00 e não está roubando um de U\$2000,00.
	Contra	Não deveria roubá-lo, é um grande delito. Não pediu permissão e usou a força para entrar. Causou muito dano roubando um medicamento caro.
Estágio 2	O juízo ignora as conseqüências físicas do ato e a causa do valor instrumental do ato em cobrir uma necessidade ou porque o ato não faz dano segundo a necessidade do outro. (Diferença entre o valor humano de necessidade do ato, e sua forma ou conseqüências físicas).	
	A favor	Está bem em roubar o medicamento por que a mulher precisa e ele quer que ela viva. Não é que queira roubar, mas é a forma que tem que utilizar para obter o medicamento que a salve.
	Contra	Não se deve roubar. O farmacêutico não está equivocado nem é mau. Ele só quer obter um benefício. Para isso são os negócios: para obter dinheiro.
Estágio 3	A ação se avalia segundo o tipo de motivo ou a pessoa que realiza o ato. Um ato não é mal se é uma expressão de um motivo ou uma pessoa altruísta/agradável, mas não no caso contrário. As circunstâncias podem desculpar e justificar as ações desviantes (diferencia os atos como instrumento para bons motivos e a necessidade humana, ainda que egoísta).	
	A favor	Deveria roubar o remédio, afinal somente fez o que um bom marido fazia. Não se pode culpar alguém por fazer algo por amor a sua mulher, seria culpado se não a amasse suficiente para salvar a sua vida.
	Contra	Não deveria roubar, pois se a esposa morrer não é sua culpa. Não é que não tenha coração ou que não ame a mulher o suficiente, mas é que o farmacêutico não tem coração e é um egoísta.
Estágio 4	Se um ato viola uma norma ou faz um previsível dano aos outros este ato está sempre categoricamente mal, independente dos motivos ou circunstâncias. (Diferencia ação por um sentido obrigação perante norma e ação por motivos geralmente naturais ou "agradáveis").	
	A favor	Deveria roubá-lo. Se não fizesse nada deixaria morrer a esposa e se ela morre é responsabilidade sua. Deve relacioná-la com a ideia de pagar o farmacêutico.
	Contra	Querer salvar a vida de sua esposa é algo natural para Heinz, mas também é sempre errado roubar. Ele sabe que está roubando um medicamento valioso do homem que o produziu.
Estágio 5	Uma declaração formal de tanto como as circunstâncias como o motivo modificam a desapropriação; como regra geral os meios não justificam os fins. Também que até certo ponto se justificam os atos desviantes e não suspendem as categorias morais. (Diferencia a culpa moral pela intenção do desvio, bem como a aplicação de princípios para não se quebrar as regras).	
	A favor	A lei não foi ditada para estas circunstâncias. Roubar o remédio não está bem, mas seu fazer é justificado.
	Contra	Não se pode culpar alguém totalmente por roubar, mas as circunstâncias não justificam que se tome as leis em mãos. Não se pode ter todo mundo roubando quando desesperado. Os fins não justificam os meios.
Estágio 6	Os bons motivos não tornam um ato bom ou mal. Mas se um ato segue uma decisão de se seguir princípios autoescolhidos, não há problema. Pode-se estar bem em desviar-se de regras, mas só em circunstâncias que forçam a uma eleição entre o desvio de regras e o princípio moral. (Reconhece que os princípios morais não permitem mais exceções que permitem as regras legais).	
	A favor	Esta é uma situação que força a escolha entre roubar e permitir a morte da mulher. A vida é um bem mais valioso que a propriedade.
	Contra	Heinz deve levar em conta a possibilidade de que outras pessoas precisem do medicamento tanto quanto a sua esposa. Heinz necessita atuar não segundo seus sentimentos, mas sim levando em contar todas as vidas implicadas.

FONTE: Elaborado pelo autor (2012)

Kohlberg apontou os seguintes fundamentos da sua teoria⁵⁰:

- 1)O desenvolvimento básico inclui transformações básicas das estruturas cognitivas.
- 2)O desenvolvimento é resultado de processos de *interação* entre a estrutura do organismo e a estrutura que o cerca.
- 3)As estruturas cognitivas são sempre estruturas de ação (volitivas).
- 4)A direção do desenvolvimento é dentro de um equilíbrio da reciprocidade entre a ação e ação do objeto sobre o organismo.
- 5) O desenvolvimento afetivo acompanha o cognitivo de modo paralelo.
- 6)O desenvolvimento se dá a partir do ego em direção ao outro.
- 7)O desenvolvimento social guarda relação com o desenvolvimento moral, na medida que é necessária a compreensão do outro e as suas expectativas
- 8)O desenvolvimento do ego se baseia no equilíbrio entre outros egos.

Agora que fizemos esta exposição inicial, vamos partir para uma adaptação deste modelo para uma sistematização de ética formal. Este esforço poderia ter vindo dos pedagogos, mas estes ainda estão mais preocupados em rotular cada um destes estágios e descrevê-los, para universalizar sua tese do que procurar aspectos formalísticos dos mesmos. Não que os pedagogos não tenham ido longe, bem pelo contrário, porém seu foco foi mais restrito à sua própria área, do que instrumentar os estágios para entender as opiniões pessoais. Com efeito, Kohlberg pensava que não havia uma questão teórica geral sobre a origem das diferenças individuais nem uma resposta genérica para tal questão. Os americanos, cita, estão sempre obcecados pelo problema das diferenças individuais, mas este problema não leva a um avanço da ciência social, tal como predição meteorológica não leva a um avanço geral na teoria física⁵¹. Isto se dá pelas inúmeras variáveis presentes na formação do indivíduo.

Todavia, se nos concentrarmos nas operações mentais envolvidas para a resolução dos dilemas, em função do estágio e a correspondente resposta, pode-se observar que há duas operações básicas envolvidas, que atuam paralelamente, sendo que o seu grau de sofisticação tem papel decisivo sobre o seu resultado (não estou falando em relação ao estágio do sujeito, mas o grau de sofisticação da

⁵⁰ KOHLBERG, Lawrence. *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée de Brower, 1992, p.50

operação naquele caso, pois embora possa ter alto desenvolvimento, por inúmeros fatores o sujeito não obrigatoriamente estará sempre em suas melhores condições). Estas duas operações são a de *identificação* do objeto e *somatização* do mesmo.

A operação de identificação do objeto é aquela pela qual o indivíduo direciona a sua atenção para o que parece ser o foco do dilema moral. Ela se divide em três graus: o ego, os *outros* e o outro. Voltando aos estágios de Kohlberg, vemos que os dois primeiros estágios se denominam *pré-morais*. São pré-morais porque o sujeito ignora o dilema sobre uma concepção social. O indivíduo se preocupa apenas com as conseqüências do ato para si, ou como se sentirá com ele. No caso do dilema de Heinz, denota-se que as soluções dentro desse estágio são egocentradas. Isto ocorre porque a operação mental de identificação do objeto dilema só atinge o seu primeiro grau, quando a criança se encontra nesses estágios. O terceiro e quarto estágios, chamados de conformidade, estão centrados nos outros, mas sem discriminação da pessoa que está envolvida no conflito moral. O outro é uma entidade abstrata, a sociedade. Assume-se um papel perante a sociedade e o defende. Por isso há a opção no quarto estágio da defesa da lei, uma vez que a lei é opção da sociedade na resolução do conflito. Atingem-se estes estágios pelo maior desenvolvimento da operação cognitiva de identificação do objeto-dilema. O quinto e o sexto estágio levam em consideração a pessoa particular que está envolvida no conflito moral. Por isto a norma é superada e a ética é quem realmente vai reger o conflito. Não há como se pensar eticamente sem a capacidade para identificar o objeto-dilema possuindo um rosto e uma identidade humana.

O segundo processo é o de *somatização*. Uma vez que o indivíduo toma consciência de uma realidade, inicialmente em nível abstrato, ele a internaliza. O sentido que damos para *somatização* aqui é o de *internalização* do fato, de interpretar os sentimentos do outro em virtude da ação. Deste modo habilita o indivíduo a se orientar com relação às expectativas do outro. Os estágios ímpares apresentam grau de somatização incipiente e os estágios pares sofisticada. Os estágios dentro de um mesmo grau de identificação do objeto-dilema estão sempre ordenados de modo que o mais objetivo é o primeiro, e aquele que envolve operação somática é o segundo. Do primeiro ao segundo estágio isto é fácil de ser

⁵¹ KOHLBERG, Lawrence. *Psicologia del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée de Brower, 1992, p.70

visualizado. Do terceiro para o quarto estágio os parâmetros deixam de ser a imagem na sociedade para a expectativa desta, e essa expectativa é uma espécie de somatização, ainda que o resultado da operação seja o cumprimento da lei, pois é esta a vontade da sociedade (principalmente em um ambiente democrático). O caso mais difícil de visualizar seria o do sexto estágio, mas ainda assim é suficientemente claro, pois conceitos como agir em defesa da própria consciência-moral e a comparação de princípios (uma operação axiológica) somente existem diante de uma postura somatizadora orientada pela identificação do objeto-dilema.

Dessa forma, os estágios são consequência da intersecção das três camadas de identificação do sujeito-dilema pelas duas de internalização do ato (de mera ciência das consequências para a somatização das consequências) totalizando os seis níveis, conforme o diagrama:

Figura 1: DIAGRAMA DE HIERARQUIA ENTRE OS ESTÁGIOS MORAIS



Fonte: Elaborado pelo autor (2012)

Neste diagrama podemos observar o papel de cada um destes processos na transição entre os estágios. Aparentemente há uma perda na capacidade somatizadora, na medida em que se avança dos estágios pares para os ímpares, mas não é o que ocorre. A chave de se entender o porquê da hierarquia entre esses estados é que a somatização deve ser refeita dentro de cada nível de identificação do objeto-dilema. Isto ocorre porque uma vez identificado um novo objeto, as antigas relações somáticas não são atuantes sobre este novo objeto e devem ser construídas novas.

Para os fins deste trabalho, vamos abandonar o conceito de estágio e utilizar o termo *nível*, visto que o modelo de Kohlberg já perde nesse ponto nosso interesse como modelo pedagógico e passa a ser usado como ferramenta de interpretação

para casos concretos. Nossa tese se baseará que qualquer tomada de decisão moral envolve duas partes, uma formal, que envolve as variáveis de somatização e identificação do objeto-dilema, e uma parte material, que envolve os valores, estes empíricos. O fato de tirarmos dos estágios o seu significado original da pedagogia não inviabiliza os fundamentos da sua aplicação como parte formal do processo ético. Como a própria pesquisa de Kohlberg denota, os indivíduos não necessariamente atingem o nível seis, sendo este mais raro. Mesmo os adultos se distribuem pelos níveis, porém não mais no sentido pedagógico, pois nesta interpretação, os indivíduos de estágios inferiores poderiam estar simplesmente naquele estágio dentro de uma transição saudável. Na nossa interpretação para esta graduação, o indivíduo ainda que eventualmente possa realizar interpretações de outros estágios, para cada caso concreto irá se comportar como se estivesse inserido em um único, e isto ocorre por causas diversas (estresse, distração, problemas de saúde, intoxicação) que não nos cabe trabalhar. O que nos interessa em si, como operadores de direito é maximizar aplicação do último nível nas relações sociais.

A valoração do último nível se dá pelo fato de que os níveis se relacionam com o grau de competência do sujeito em aplicar seus valores no caso concreto. O comportamento que se insere em níveis inferiores não permite que o agente interprete eficientemente os fatos que estão envolvidos no conflito moral. O conflito ético se dá entre pessoas e é necessário que o agente visualize com clareza a repercussão dos seus atos, evitando que os valores do seu senso de justiça não sejam anulados pela sua incapacidade em compreender a realidade.

Para legitimar a explicação dos argumentos morais em função das variáveis cognitivas de identificação do objeto-dilema e da somatização, vamos trabalhar um a um os apontamentos de Kohlberg sobre a fundamentação de sua teoria:

1) Sobre o fato do desenvolvimento básico incluir transformações básicas das estrutura cognitiva, isto comprova que as diferenças entre os níveis se dão por diferentes processos cognitivos.

2) Sobre o fato do desenvolvimento ser resultado de processos de *interação* entre a estrutura do organismo e a estrutura que o cerca, isto comprova a existência de uma estrutura identificadora do objeto-dilema. O processo de somatização também é fortalecido pelo uso, que se dá pelas experiências do ser.

3)As estruturas cognitivas são sempre estruturas de ação (volitivas). Ora, são volitivas por que a moral é volitiva, e, portanto as suas estruturas também são.

4)A direção do desenvolvimento é dentro de um equilíbrio da reciprocidade entre a ação e ação do objeto sobre o organismo. O equilíbrio é dado pela somatização através do qual o agente interpreta com maior nitidez os efeitos sensitivos sobre e do objeto-dilema identificado.

5) O desenvolvimento afetivo acompanha o cognitivo de modo paralelo. A evolução na identificação do objeto-dilema somente pode se dar apartir do momento em que o agente se abre para o mundo, o que depende de desenvolvimento afetivo para a auto-afirmação. O desenvolvimento afetivo também agiliza a somatização.

6)O desenvolvimento se dá apartir do ego em direção ao outro. Isso legitima a direção de evolução da estrutura de identificação do objeto-dilema.

7)O desenvolvimento social guarda relação com o desenvolvimento moral, na medida que é necessária a compreensão do outro e as suas expectativas.

8)O desenvolvimento do ego se baseia no equilíbrio entre outros egos. Esse fundamento não se deve diretamente às estruturas citadas, mas sim a evolução da noção de justiça como um todo, centrada na boa convivência.

Após visualizar a existência de níveis de entendimento da realidade que permitem uma aplicação eficiente do senso de moral, vamos voltar às propriedades de uma ética formal. Um erro muito comum nesses modelos é se buscar um fim dentro da ação. O sentido de uma ação não pode ser dado por estruturas formais, isso é o mesmo que esperar que os números tenham sentidos em si mesmo.

Como não se sustenta uma teoria da moral puramente formal, ela deve se constituir de uma base na esfera racional e de outra na empírica. Dentro da classificação problemática de Mondin⁵², a última está relacionada ao *problema crítico* da ética, pois se refere ao fundamento e ao valor dos códigos, e a primeira ao problema *teórico*, pois trata sobre as condições que possibilitam a ação moral em absoluto e também sobre os meios para se atingir o fim último da vida humana. Conforme abordado no capítulo anterior, a base material da justiça baseia-se no

⁵² MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo:PAULUS, 2006 p.106

nosso senso de justiça, e pelas inúmeras variáveis empíricas e subjetivas não há possibilidade de instrumentá-la com parâmetros objetivos. Já dizia Kant que

Princípios empíricos não servem de modo algum para fundamentar as leis morais sobre eles. Pois a universalidade com que devem valer para todos os seres racionais sem distinção, a necessidade prática incondicional que lhes é desse modo imposta desaparece quando o seu fundamento é tomado à *constituição particular da natureza humana*, ou as circunstâncias contingentes em que está posta.⁵³

Uma vez que somente pode ser formalizado um parâmetro lógico-dedutivo, somente a porção racional da ação moral pode ser mensurável. E é o que apontamos aqui. Independente dos seus valores, o ser humano pode não atuar em plena ressonância com os mesmos, uma vez que possui limitações no processo de reconhecer a realidade. Assim pode-se estabelecer uma escala de desenvolvimento ético de uma sociedade, não com base nos valores, mas sim na capacidade de articulá-los em função dos dilemas, para que as ações dos sujeitos tenham correlação com seus valores, e não sejam prejudicadas por problemas de interpretação. Não sendo o bastante, lembramos que o refinamento das relações sociais guarda relação direta com os processos delineadores dos níveis formais da moral, e assim uma preocupação na manutenção do nível geral de relações no nível último da escala, refletiria numa melhora universal das relações sociais e na queda do número de litígios.

Para finalizar, gostaria de citar a interessante relação entre a regra de ouro Kantiana com os estágios mais elevados de desenvolvimento de Kohlberg. A regra prescreve, em modo imperativo, *age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal*⁵⁴. A idéia de universalidade da ação provoca a necessidade de imaginar a mesma conduta sendo exercida por outras pessoas. A relação assim representada na mente de quem comete a ação passa a ser assim em cima da consequência da ação no pólo passivo. Os outros, de um modo genérico enquanto espécie e não como indivíduo não cometem atos. Quem comete atos é apenas o indivíduo. Assim ao agir em conformidade com a regra de ouro, o cidadão permite-se transitar dentro dos níveis cinco e seis da nossa escala moral formal. Como Kant buscava uma lei mais genérica para fundamentar a

⁵³ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Barcarolla, 2009, p. 291

⁵⁴ KANT, Op. Cit. p.215

moral e ambos estes níveis preenchem os pré-requisitos, pode se afirmar, apesar das críticas quanto à resposta deste filósofo à finalidade da moral no homem, que Kant obteve sucesso.

2.2 A JUSTIÇA NO EIXO CARTESIANO

Como bem ensina Aristóteles, enquanto falava sobre a equidade, e o seu caráter universal em confronto com a lei:

“O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em certos casos particulares. Nos casos, portanto em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais freqüente, embora não ignore a possibilidade de erro em conseqüência desta circunstância.”⁵⁵

A possibilidade de que a lei seja injusta é um risco real e inerente ao sistema. Para dirimir essa possibilidade é útil que sempre façamos uma análise zetética das circunstâncias em que a lei será cogente. O conceito de *zetética* se opõe à *dogmática*, pois a última inspirando à lei, às vezes não oferece nada que esta já não exprima. Sobre elas ensina FERRAZ JR:

“Zetética vem de *zetein*, que significa perquirir, dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), sua diferença é importante. O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas.”⁵⁶

⁵⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Livro V Cap 10 §2º

⁵⁶ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Domínio*. 4 ed. São Paulo: Atlas S/A, 2003, p.41

A análise zetética, ainda que nos coloque diante de dilemas morais transtornantes, não necessariamente nos desobriga ao cumprimento da lei, visto que a lei também possui seus fundamentos morais. Não será precisamente este o enfoque que daremos aqui. Ao invés de perguntar-nos sobre os fundamentos morais de uma norma, vamos inquirir se para um comportamento ainda não coagido pela norma, mas que possui algumas razões para sê-lo, deve-se proibi-lo juridicamente ou deixar a cargo da consciência do cidadão se deve ou não incorrer nesta conduta?

Este é um problema do legislador. Dentro de uma sociedade sempre temos pressões criminalizantes e descriminalizantes para diferentes condutas e sempre argumentos que agem num sentido ou em outro. De algumas condutas, contudo, podemos dizer que é justa a criminalização, como por exemplo, o homicídio, mas não existem critérios objetivos, além de que não temos consciência do mal que algumas condutas podem provocar. Assim, podemos assumir que na medida em que o legislador atua restringindo condutas, contanto que esta restrição siga critérios claros e muito bem fundamentados, há uma promoção da justiça.

Outro parâmetro informativo da quantidade de justiça que há nas relações sociais de um grupo humano é o nível ético médio da população, dentro daquela graduação exposta na seção anterior. Este parâmetro não é informado pelo direito, mas sim por aferições de campo. Quanto maior o uso dos níveis elevados, e conseqüentemente a capacidade dos indivíduos em fazer uso eficiente do seu senso de justiça, maior será a justiça naquelas relações sociais que não estão sendo reguladas diretamente por meio da lei.

Como se relacionam esses parâmetros, ética e normas, quanto à promoção geral da justiça? Apresento aqui uma proposta inédita e que exige atenção. A idéia da demonstração é focar numa relação social qualquer. Sobre esta relação temos duas variáveis atuantes, uma é lei, ou melhor, o sistema legal como um todo; a outra variável é o nível ético do sujeito. O individuo sempre agirá inicialmente com base em seus valores morais. Acidentalmente pode vir a incidir a lei: se a outra parte da relação exigir, a sociedade ou ainda o próprio agente em caso de desavença. Neste entendimento devemos privilegiar que nem sempre as relações são reguladas pela lei, na realidade a lei somente desempenha o seu papel em caso de problemas na relação. Não é que não se respeite a lei, mas é que a regra geral é a informalidade: ninguém lê o código civil antes de emprestar o cortador de grama para o vizinho, tampouco o código penal antes de ter relações íntimas com o seu cônjuge. Para

indicar o papel da norma, vamos representá-la pela letra “N”. O que representa “N”? Representa a probabilidade de um comportamento estar proibido, ou seja, que dentro do ordenamento um comportamento qualquer (de um modo geral, sem predileção por valores) esteja proibido. Esta variável vai assumir um valor que é proporcional ao número de leis do sistema jurídico, uma vez que quanto mais leis há no ordenamento, maior é a probabilidade de qualquer comportamento ser proibido. Ela também será proporcional a tendência de se criar normas restritivas. Para dois sistemas jurídicos distintos podemos ter um mesmo valor para “N”, ainda que difira o número de leis, conquanto em que naquele com menos leis, estas em geral tendem a ser mais coercitivas. Assim um sistema totalitário tende a possuir um “N” elevado. A variável “N” assume valores de 0 a 1, sendo 0 atribuído a um sistema anárquico e 1 àquele onde todas as relações estariam regradas, pois a probabilidade de um comportamento ser proibido é a mais elevada de todas.

Quanto à variável moral, vamos denominá-la “E”. Esta variável se refere à capacidade do indivíduo em tomar decisões corretas e justas, ou seja, a aptidão para análises zetéticas do caso concreto. Como se pode avaliar esta capacidade do indivíduo? Bem, a questão aqui não é exatamente a capacidade máxima do indivíduo, mas sim sua capacidade ética média. Dentro dos níveis éticos da ação moral daquela escala inspirada em Kohlberg, qual será o mais usado? A variável “E” será a probabilidade de que para uma relação social o indivíduo atue no nível máximo, correspondente àquele nível seis da nossa escala ética. O valor “E” assume valores de zero a um, de acordo com a probabilidade de se comportar conforme os níveis éticos mais altos, os ditos morais. Se um cidadão agisse sempre no nível seis, o seu valor “E” tende a um. Como o ser humano é falho, não há como se chegar a esse ponto, mas níveis como 0,85 imagino que são atingíveis... De um modo geral se pondera os níveis usados no cotidiano pela sua frequência de uso para calcular o valor “E”. Assumimos que para “E” tendendo ao valor um, o indivíduo sempre agiria de modo “correto” e “probo”, e não haveria necessidade de incidir alguma lei, pois tendo em vista que a capacidade do ser humano de se relacionar é proporcional ao seu nível médio ético, as pessoas sempre conseguiriam se acertar na conversa, pois estariam mais preocupadas com o outro do que consigo mesmas. No sentido contrário, com o valor de “E” tendendo a zero, a lei se faz mais necessária, pois o indivíduo agindo nos níveis éticos mais baixos, egoístas, sempre atrairiam a incidência da lei para regular a relação.

Também é necessário se falar no conceito de lei justa. Para o fim que propomos, uma lei pode ser justa de dois modos: quando ela não é injusta (conceito negativo de justiça) e quando ela é positivamente justa. Uma lei positivamente justa é aquela que regula uma relação para um padrão ético mais elevado que o de fato. Por exemplo, uma pessoa com “ $E = 0,3$ ” para uma relação qualquer, poderia cogitar assassinar o outro da relação. Nesse caso a lei incidindo, proibindo o assassinato, ou punindo-o, atuaria distribuindo justiça positivamente. A mesma lei, que proíbe o homicídio, contudo não seria positivamente justa para o caso da pessoa agir na relação com “ $E=0,9$ ”, pois nesse caso o indivíduo nunca cogitaria cometer um homicídio, e assim lhe seria indiferente a existência da lei ou não. A conduta está restrita, mas não seria por esta razão que ele nunca incorreria neste comportamento.

Quanto a possibilidade de a lei ser justa por não ser injusta, nesta demonstração vamos definir que uma lei é injusta quando o cidadão, compelido por sua moral, pretende agir de um modo conveniente e ético na relação, porém a lei vai incidir sobre a relação impedindo-o de fazer. É o conflito da análise zetética com a análise dogmática. Por exemplo, se há uma lei que proíbe o uso de força física contra outra pessoa, sem exceções, no caso de legítima defesa, aquele que se defendeu seria punível por incidência da lei. Nesse caso a lei é injusta. Com base na probabilidade do ordenamento conter uma norma que atue injustamente, que é um valor entre zero e um. Podemos definir qual a probabilidade do ordenamento ser justo por não ser injusto, na concepção negativa do termo, subtraindo do valor *um* a probabilidade do ordenamento ser injusto. Por exemplo, se o ordenamento tem probabilidade 0,2 de ser injusto, ele tem 0,8 de probabilidade de ser justo por não ser injusto.

Logo, para calcular a probabilidade de um ordenamento jurídico ser efetivamente justo, devemos calcular a probabilidade de que ele para uma relação qualquer, atue distribuindo justiça positivamente e que ao mesmo tempo não seja injusto (justo na concepção negativa).

Primeiramente, vamos calcular qual a probabilidade de que o ordenamento atue positivamente sobre a justiça. Isso vai ocorrer quando o cidadão agir ou querer agir errado, e a lei proibir a conduta. Logo essa probabilidade é proporcional àquela de que o cidadão aja errado e de que a lei proíba a conduta. A probabilidade de que o cidadão atue “erraticamente” é de:

$$1 - E$$

Isto porque “E” é a probabilidade de o cidadão agir “corretamente”. Quando ele não age certo, agindo errado, essa probabilidade é de “1 – E”. Agora qual é a probabilidade do ordenamento jurídico proibir a conduta? Esse valor é N, pelo que especificamos antes. Assim a probabilidade de uma lei ser justa no sentido positivo é:

$$(1 - E) \times N, \text{ ou o produto de “1 – E” por “N”}$$

Qual a probabilidade de que ordenamento não seja injusto? Para isso vamos calcular a probabilidade de que ele seja injusto. A lei será injusta quando o indivíduo agir corretamente e a lei impedi-lo de agir pela conduta adequada. Devemos ter em mente que a lei age de modo geral, não é que a lei tenha más intenções, seja “malvada”, mas agindo sem tomar conhecimento do caso concreto, e este exigindo que o cidadão tome uma iniciativa de agir em desacordo com a norma, após uma análise zetética, a incidência do texto estrito da lei estaria em última análise sendo injusta. A probabilidade de se agir corretamente é proporcional a “E”. Quanto maior a eficiência do sujeito em agir conforme níveis éticos mais elevados, mais vezes ele vai identificar a incongruência do ordenamento com as peculiaridades do caso particular. A probabilidade de a lei impedir o sujeito de agir conforme o impulso ético é N. Isto, pois quanto mais comportamentos o ordenamento proíbe, maior a probabilidade de que a solução se encontre coagida pelo legislador. Assim a lei é injusta nessa probabilidade:

$E \times N$, ou o produto do nível ético do indivíduo pela coercitividade do ordenamento.

Quando a lei não é injusta, é justa negativamente falando, na razão de:

$$1 - (E \times N).$$

O ordenamento é justo em sentido positivo e negativo na probabilidade de ambos os casos ocorrerem, ou seja, na seguinte proporção:

$$\text{Probabilidade do ordenamento ser justo} = ((1 - E) \times N) \times (1 - (E \times N))$$

Podemos reescrever esta probabilidade em:

$$((1 - E) \times N) \times (1 - (E \times N)) = N - E \times N - E \times N^2 + E^2 \times N^2$$

$$N - E \times N - E \times N^2 + E^2 \times N^2 =$$

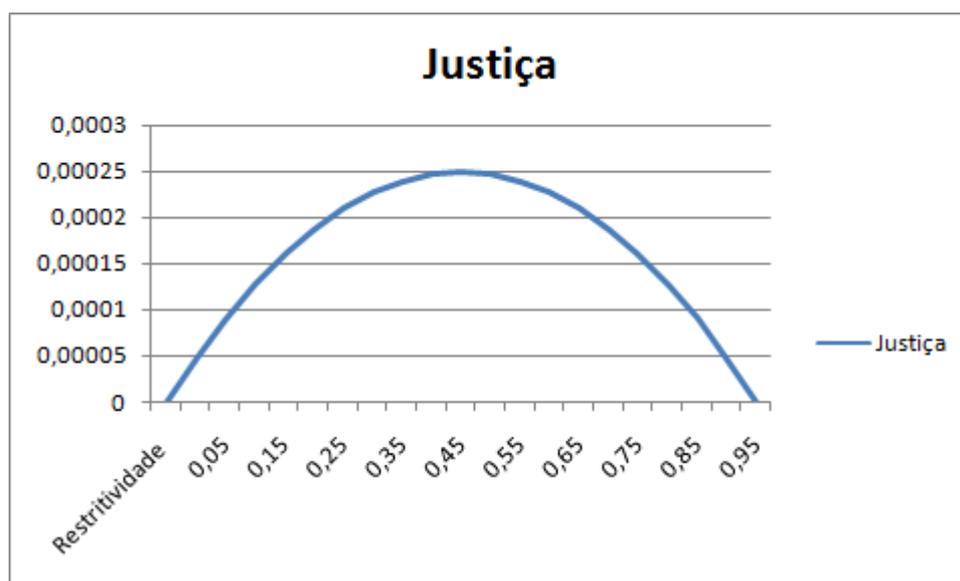
$$N^2(E^2 - E) - N(E - 1)$$

E agora, o que fazemos com estas expressões? Para entender o real significado delas é necessário colocá-las em gráficos, para fazer duas análises. A

primeira análise é de como a varia o grau de justiça de um sistema jurídico sobre um indivíduo ou a sociedade, em função de “N”. A análise serve tanto para um indivíduo como para a sociedade como um todo. Para o indivíduo fazemos uma medição baseada em bateria de testes sobre dilemas, tal como o estudo de Kohlberg, para extrair o número “E” deste indivíduo. Para auferir sobre a sociedade fazemos o procedimento para vários indivíduos e depois tiramos uma média, usando técnicas do ramo de estatística, obtendo o número “E” médio da sociedade. A função que esboçaremos é a que relaciona o grau de justiça do sistema em função da restritividade (proporcional a “N”) do mesmo. Para traçar este gráfico devemos ter um parâmetro “E” fixo, *medido* anteriormente.

Os gráficos a seguir têm no “eixo x” valores de “N”, e no “eixo y”, valores de justiça para o ordenamento, ou seja, a porcentagem de relações sociais em que a obediência estrita a lei é a solução mais indicada. O primeiro gráfico é o da melhor situação possível, com “E” tendendo a um, onde todos agem com a máxima moral.

Figura 2: GRÁFICO PARA ÉTICA->1



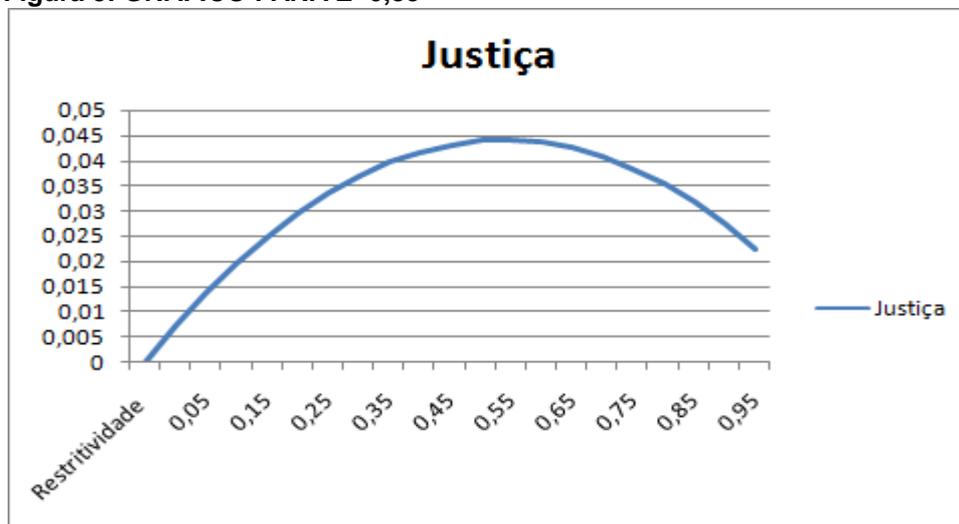
Fonte: Elaborado pelo autor (2012)

Como observamos, há um ponto no gráfico onde o aumento da restritividade de comportamentos no sistema, o torna mais injusto. Até certo ponto o aumento no número de regras ajuda a sociedade a ser mais justa, porém apartir deste ponto a norma começa a atrapalhar. Os valores do eixo y, se referem a justiça na sociedade em função da norma. Como para “E” próximo de um, as pessoas resolvem tudo de

conversa, na honra, a sociedade é indiferente a existência de leis, pois raramente as relações são judicializadas, e assim estes valores estão próximos de zero.

Agora, para um “E” possível, $E=0,85$:

Figura 3: GRÁFICO PARA $E=0,85$

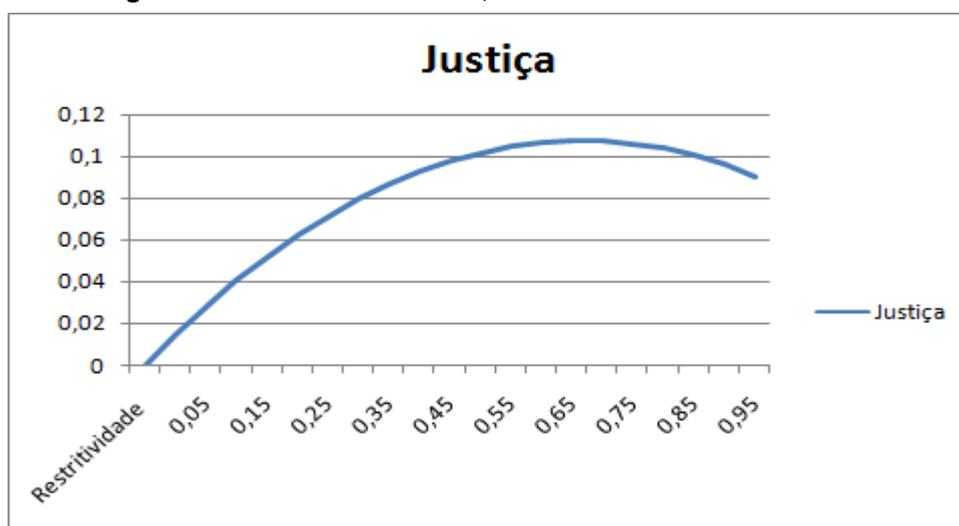


FONTE: ELABORADO PELO AUTOR (2012).

Observamos que a justiça máxima está no valor 0,05, isto é, em 5% das relações sociais a norma será justa para regular as relações sociais. É a porcentagem daquelas relações em que seria interessante a judicialização. Essa fórmula não diz quais, pois é uma análise quantitativa não qualitativa. Vemos também que o sistema pode ser mais restritivo antes de se tornar injusto.

A seguir, o gráfico para $E=0,7$:

Figura 4: GRÁFICO PARA $E=0,7$

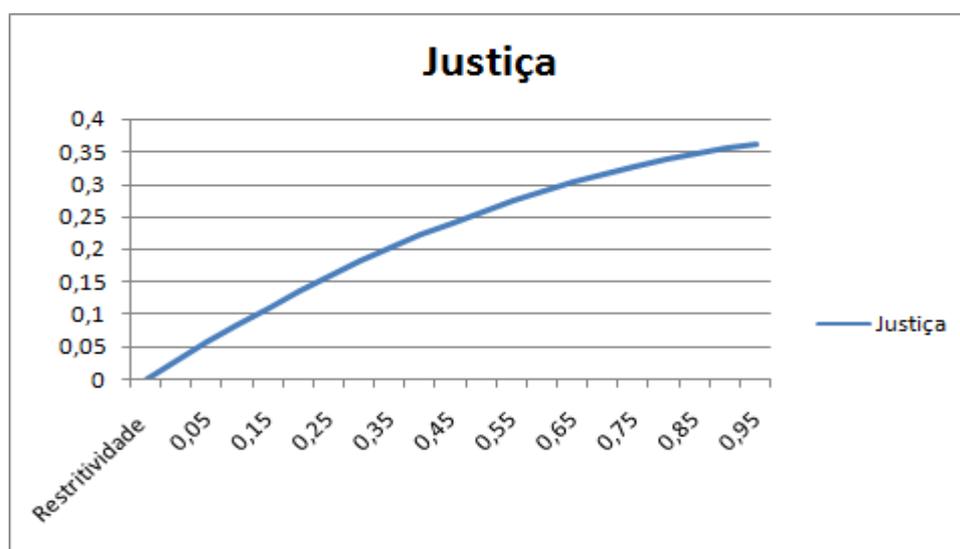


FONTE:ELABORADO PELO AUTOR (2012)

Com base em alguns dados da pesquisa de Kohlberg, apontamos que para uma sociedade bem desenvolvida, um valor de $E=0,7$ não seria irreal⁵⁷, evidentemente é mais difícil de achar “E” elevados do que para indivíduos específicos”. Contudo um índice 0,7 é uma ótima média de sociedade, uma meta universal aplicável. Nessa sociedade até 11% das relações teriam contribuições interessantes do sistema legal.

Uma realidade infeliz em grupos humanos com fortes rusgas sociais (preconceito, desigualdade, alto grau de penetração da violência) seria a de $E=0,4$:

Figura 5: GRÁFICO PARA $E=0,4$



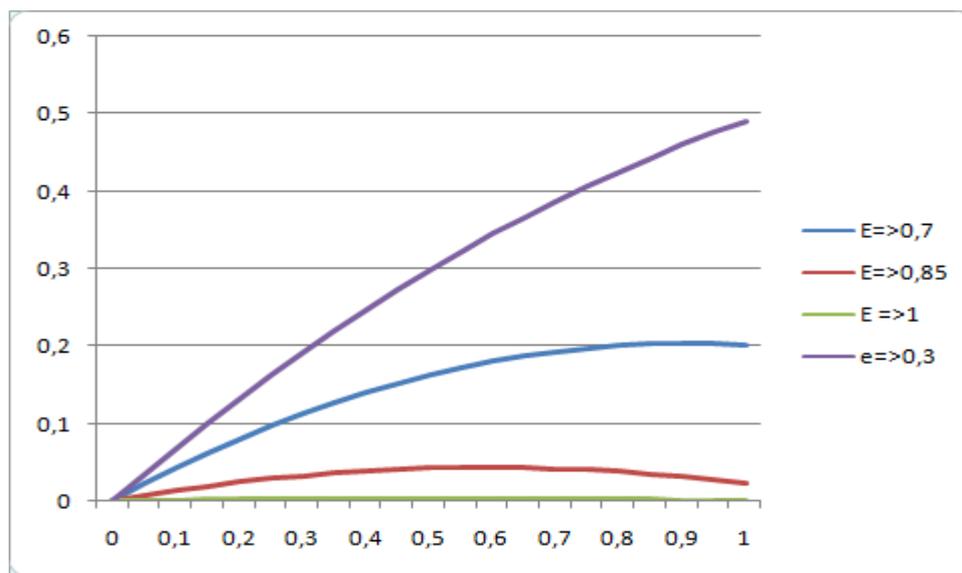
FONTE: ELABORADO PELO AUTOR (2012)

Vemos que para $E=4$, quanto maior a regulamentação do ordenamento, maior a justiça que há nele. Um número alto de relações necessitam de regulação legal, 36% e não há um ponto de inflexão onde o aumento de “N” prejudica a justiça. É uma situação social onde a lei é indispensável e vital, bem como o braço forte do estado. É sobre a percepção dessa curva que em muitas regiões violentas se confunde justiça com lei, ou melhor, análise dogmática com zetética.

Para visualizar tudo o que expomos aqui, unimos todos os gráficos na mesma escala, confira:

⁵⁷ KOHLBERG, Lawrence. **Psicologia del desarrollo moral**. Bilbao: Desclée de Brouer, 1992, P.563

Figura 6: GRÁFICO DE VÁRIOS VALORES PARA “E”



FONTE: ELABORADO PELO AUTOR (2012)

A próxima análise que faremos é referente à ética e liberdade, esta última o foco do trabalho. Como notamos, para valores maiores de “E”, há um ponto em que quanto mais coercivo, mais injusto é o sistema. Isto é a prova prometida de que a liberdade assume um valor abaixo do qual o direito não deve admitir. O direito enquanto ciência promotora da justiça, não pode regular todas as relações, e é obrigado a proteger a liberdade do indivíduo. Também notamos que o ponto onde passa a ser indesejável maior regulamentação é proporcional a ética média. Assim, resta finalmente provado logicamente que a ética liberta, pois quanto maior o desenvolvimento moral do nosso objeto de estudo, seja um grupo social como um todo, ou um indivíduo, menos normas devem ser criadas para uma máxima eficiência do sistema legal.

No próximo gráfico observaremos a curva da liberdade: ela representa o limite máximo de “N” em função de “E”, para que o sistema seja eficiente, ou em outras palavras, o quanto de liberdade se deve resguardar para o indivíduo ou sociedade, em função da ética medida. Para este cálculo usamos as propriedades matemáticas da parábola. Em uma função do tipo $f(x) = ax^2 + bx + c$, o ponto máximo da parábola é dado por $-b/2a$. A este ponto máximo da parábola vamos chamar de ponto de liberdade, ou L, uma vez que representa o ponto onde o legislador é obrigado a manter inalterada a coercitividade do sistema. Assim:

$$\text{Da função } J(N) = N^2(E^2 - E) - N(E - 1)$$

$$a = E^2 - E \text{ ou } E(E - 1)$$

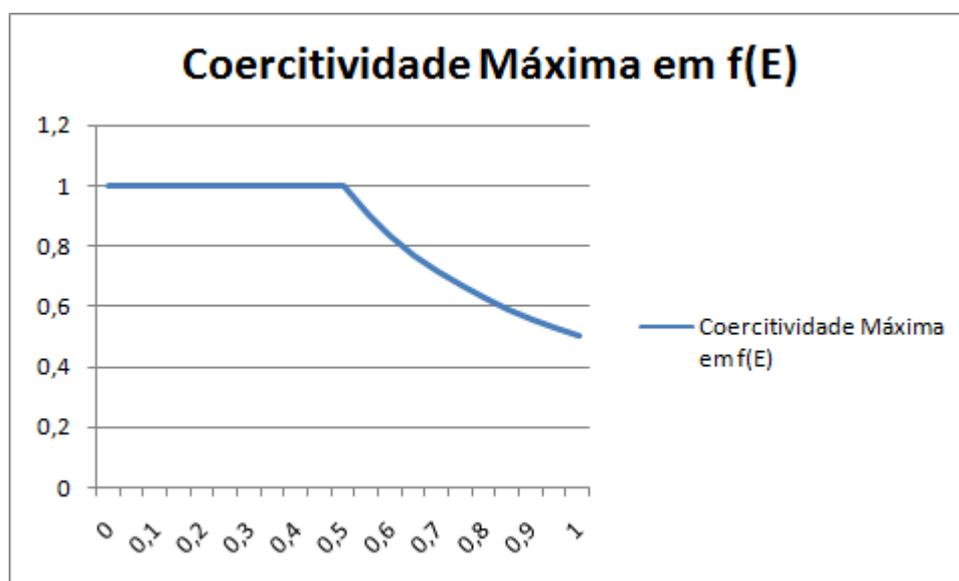
$$b = -(E - 1)$$

$$\text{logo } -b/2a = L(E) = (E - 1)/(2 \times E(E - 1)), \text{ ou}$$

$$L(E) = 1 / 2E$$

Graficamente:

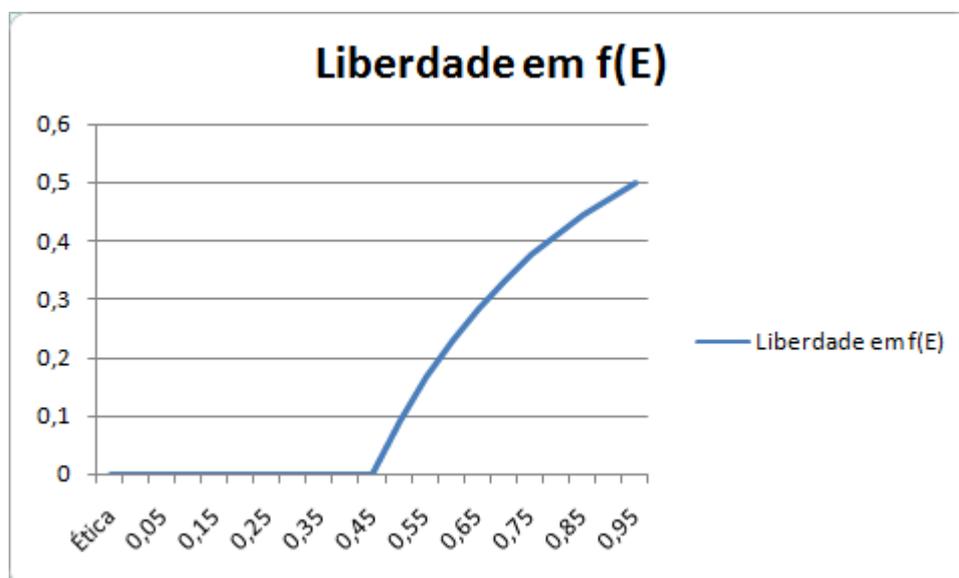
Figura 7: GRÁFICO DE COERCITIVIDADE EM f(E)



FONTE: ELABORADO PELO AUTOR(2012)

Este gráfico na realidade indica qual o máximo valor que “N” pode assumir antes do sistema se tornar injusto. Como a liberdade é o negativo para a coercitividade, a liberdade é dada por $1 - N$, ou seja:

Figura 8: GRÁFICO DA LIBERDADE EM f(E)



FONTE: ELABORADO PELO AUTOR (2012)

Este gráfico é uma das conclusões desta obra, quando ela afirma que a liberdade é protegida pelo direito. Na realidade ela é protegível na medida em que o índice E assume valores maiores que 0,5. Porém esta é uma situação comum em sociedades estáveis e pacíficas.

Por fim, você deve ter se perguntado, como eu posso medir o valor de “N”? Infelizmente não se pode medir diretamente o valor de “N”, pois a coercitividade é um conceito muito subjetivo. O que pode ser feito é medir o *valor de justiça* do sistema legal das seguintes formas: a) dos litígios que vão parar no judiciário se faz uma pesquisa da porcentagem daqueles casos em que o juiz teve de afastar uma norma, pela não conformidade dela com a situação fática, para medir o grau de injustiça do ordenamento; b) Se compara o acesso da população ao judiciário e o número de processos para medir o grau em que a população percebe que fazer valer a lei é a melhor opção. As metodologias para se fazer estas medidas já não são de interesse desta pesquisa, nem espero que esse rol de métodos seja exaustivo, mas aqui está colocada a proposta deste novo modo de se ver a relação entre ética, coercitividade do ordenamento e justiça.

INTRODUZINDO A INDECIBILIDADE NO DIREITO

O problema da interpretação é vital para o direito, pois o texto da norma não garante a sua aplicação, afinal “embora uma regra postule uma maior constrição para o aplicador, ela não define totalmente a intensidade dessa constrição, se maior, se menor ou nenhuma”⁵⁸. O fato de a norma se concretizar através da linguagem lhe torna vulnerável a todos os vícios que assolam o seu meio de existência. A hermenêutica é terreno fértil no direito e por este motivo parte dos esforços para resolver os conflitos de leis se direcionaram a ela. É comum que se aborde o problema da indecibilidade, ou melhor, a propriedade de que algumas questões de direito se apresentarem como conflito de normas, como uma subclasse do problema da hermenêutica. Assim, quando o juiz depara com uma refrega difícil, a primeira técnica que ele irá usar é a de uma reinterpretação mais sofisticada dos dispositivos que julgar convenientes, usando princípios, por exemplo, como se as leis nunca pudessem ser contraditórias entre si, e o problema se restringisse ao caso concreto, que por suas peculiaridades, exige um esforço exegeta maior.

Efetivamente, há muitos *hard cases* que são resolvíveis por uma interpretação elástica da lei. Porém o problema da indecibilidade não está resolvido com a constante reinterpretação da norma. Uma vez que uma jurisprudência se consolidou, a ginástica exegética deixa de ser recomendável, nos princípios informados pela segurança jurídica. O que vamos propor aqui não é mais uma técnica de resolução dos problemas difíceis. Isto há de sobra na literatura jurídica. Como o foco deste trabalho é a liberdade, vamos ao contrário apontar que há sim problemas que não são resolvíveis dentro do direito, mas que a liberdade do juiz desempenha um papel fundamental para que o estado consiga sempre prolatar decisões, cumprindo as expectativas da sociedade.

Serão feitas aqui três abordagens distintas: 1) Vamos introduzir noções do teorema da indecibilidade de Gödel; 2) Vamos evidenciar que o teorema da indecibilidade é relevante para o direito; 3) Vamos mostrar porque paradoxos são tão comuns no direito. Estes problemas por passarem à margem do problema hermenêutico, vão exigir que ignoremo-lo. Consideramos doravante que todo

dispositivo do ordenamento possa ser interpretado de uma única forma. Se a interpretação é do legislador, ou do magistrado não interessa, mas sim que cada dispositivo possua uma única interpretação válida, como na programação de computadores onde os comandos em linguagem assumem um único resultado.

3.1 A INDECIBILIDADE EM GÖDEL

Nesta seção exporemos dois problemas matemáticos, o primeiro é o teorema da indecibilidade de Kurt Gödel, e o segundo é o *Entscheidungsproblem*, ou problema da decisão, cuja solução se baseou no primeiro.

O teorema da indecibilidade surgiu nos anos 1930⁵⁹, dentro do contexto do círculo de Viena, e representou uma revolução das expectativas da sociedade científica que tinha fé na formalização total dos processos. A resolução do problema atendia a uma *convocação* que Hilbert fez em 1900 a todos os matemáticos, da prova de que um sistema formalizado pudesse por si próprio checar a validade de todas as suas afirmações internas. Deste modo os matemáticos perguntavam-se da possibilidade de colocar todas as estruturas lógicas do mundo dentro de um sistema matemático, esperando que este fosse capaz de identificar e expulsar aquelas formulações que não fossem verdadeiras.

O primeiro problema desse tipo de proposta, é que a verdade é um conceito demasiado metafísico para um sistema formal. O segundo problema é que Hilbert exigia que essa demonstração da inconsistência não poderia se basear em outro sistema formal (não admitindo assim provas por reduções *ad absurdum*). Assim as demonstrações apenas se poderiam apoiar em argumentos matemáticos incontroversos, os tais argumentos de caráter *finitista* (sem provas de argumentos *ad infinitum*)⁶⁰. O primeiro passo foi definir o que seria uma expressão verdadeira dentro do sistema formal. Gödel bolou essa definição da seguinte forma: *não existe x, tal que haja uma prova x dentro do sistema*. Ora, se x existir, ou seja, se existir uma prova dentro do sistema, é que a proposição a seguir é falsa. Em outras

⁵⁸ ÁVILA, HUMBERTO. Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros, 2011. P.598

⁵⁹ FERREIRA, Fernando. A matemática de Kurt Gödel. Boletim da Sociedade Portuguesa de Matemática 55: 39-62, 2006 p. 07

⁶⁰ FERREIRA. Op. Cit. p.08

palavras, se algo não pode ser provado dentro do sistema, é porque é falso.

Matematicamente:

$$\sim \exists x [\Pi_x]$$

Aqui entra a genialidade de Gödel. Para o próximo passo ele imaginou uma função matemática que correlacione todos os axiomas do sistema e os ordenasse, associando assim cada expressão possível a um número natural. Vamos omitir como isto é feito devido as complicações inerentes, mas basta dizer que o matemático demonstrou que todo sistema formal fechado pode ser correlacionado dessa forma. O modo como se vai fazer essa transcrição depende apenas da criatividade do codificador. Um exemplo seria desenvolver um sistema onde para a expressão “a+b”, ela assumiria o valor 26253, por exemplo, e a expressão “a-c” o valor 17384. Não importa o número que a expressão assume, mas sim que cada expressão tenha apenas um único número natural associado, e que este se associe apenas a uma única expressão. Nos anos 1930 esta idéia não era muito comum, como hoje, onde todos os nossos textos e documentos são convertidos para números dentro do computador. Em outras palavras esta função enumera as expressões axiomáticas, possibilitando que elas sejam escritas de outra forma. Por exemplo, a expressão $w^2 + w$, pode ser escrita da forma :

$$P_k(w)$$

A variável w é a variável da equação original, por isso se mantém na nova forma da equação. “P” é o sistema geral de proposições, é como se fosse uma tabela onde estivessem todas as proposições matemáticas possíveis do sistema. O número k é o *número de Gödel*, ou seja, o número natural associado à expressão, calculado pelo processo a pouco descrito. Ele indica onde na tabela “P” está a expressão $w^2 + w$. Se calculássemos para expressão acima o código 15959, este seria o seu número de Gödel, ou seja “k”, e assim $P_{15959}(w)$ equivale a “ $w^2 + w$ ”.

Agora vamos supor que a nossa expressão matemática a ser provada seria a de que não fosse provável no sistema que uma expressão qualquer possa ser válida quando o seu número de Gödel seja a hipótese a ser testada.

$$\sim \exists x [\Pi_x \text{ proves } P_w(w)]^{61}$$

Pelas regras do nosso sistema formal a hipótese acima é válida pois respeita os aspectos formalísticos. Contudo, calculado o k desta expressão, temos que essa expressão pode ser reescrita de forma:

$$\sim \exists x [\Pi_x \text{ proves } P_w(w)] = P_k(w).$$

Agora, se $w = k$?

$$\sim \exists x [\Pi_x \text{ proves } P_k(k)] = P_k(k).$$

Bem, agora chegamos ao ponto que queríamos. Por meio de processos formais legítimos do sistema, chegamos a afirmação de que $P_k(k)$ é a prova de que não é provável que ele próprio exista. Parece ilógico. E é. Qual das expressões contém erros? Nenhuma das duas, ambas estão formalmente corretas. O problema é que a afirmação do lado esquerdo está dizendo que não existe o que está do lado direito, e esta somente está ali em função da expressão do lado esquerdo.

Proponho uma interpretação do teorema da incompletude mais filosófica: dentro de um sistema formal, sempre há como se distorcer qualquer conceito até o ponto em que esse conceito transformado admita uma circunstância que do modo original não permitiria. O processo de extração do número de Gödel e a enumeração dos axiomas possíveis dentro do sistema para que através da correlação de ambos se extraia qualquer afirmação é uma distorção formal do axioma. E somente poderíamos afirmar que o conceito transformado não tem preponderância diante do conceito original se possuíssemos um critério externo que nos informasse isto, pois dentro do sistema, as duas afirmações ainda que contraditórias, são validadas. Assim ao submeter-nos a um sistema formalista que pretende ser completo, nos sujeitamos a qualquer negação dos preceitos que julgávamos invioláveis.

Um grave problema social tem se formado depois do teorema de Gödel, pelas interpretações erradas e absurdas que se fizeram depois dele, como de que fosse a prova de que entidades metafísicas existissem, por exemplo. O teorema não quer dizer que a matemática está errada, mas sim que nenhum sistema formal funciona sozinho com as suas próprias pernas. O teorema não é nada negativo para a

⁶¹ PENROSE, Roger. The emperor's new mind. New Preface Edition. New York: Oxford, 1999 p. 139

humanidade, somente para aqueles pensadores estritamente formalistas, que acham que se formalizando tudo, podem abandonar a realidade e viajar por entre as conclusões dos seus sistemas formais. Como um sistema não se sustenta por si próprio, ele somente pode ser consistente se admitir provas externas, o que o tornaria inconsistente. Esta é a formulação do segundo teorema da incompletude (os teoremas da indecibilidade são conhecidos também como incompletude, visto que prescrevem a impossibilidade de um sistema formal ser totalmente completo).

Outra conclusão é que o teorema não faz uma análise qualitativa dos problemas indecidíveis, mas sim existencial. Ou seja, ele diz que um sistema estritamente formalista possui contradições como a exibida, mas nada sobre a qualidade destas. Todo sistema formal consistente o suficiente para que possa por conta própria dizer que alguma afirmação é falsa e provar isto dentro de si próprio, está sujeito as implicações lógicas demonstradas.

Para entender o que é um sistema formal fechado vamos voltar à exposição da seção anterior da relação entre ética e justiça. Aquela formulação somente foi possível usando uma análise indutiva da realidade, assim pode-se conceber que a justiça seria dada de duas formas possíveis distintas, como conceito positivo e como negação de um conceito positivo de injustiça. Se a noção de justiça estivesse inserida dentro de um sistema formal fechado, a injustiça seria expressa por “ $\sim J$ ”, ou seja, a negação da justiça. Não poderia existir um conceito positivo para justiça e injustiça simultaneamente, pois daria origem a dois conceitos para um mesmo fato dentro do sistema, permitindo alguma coisa ser justa e injusta ao mesmo tempo. Esta situação é inadmissível dentro de um sistema formal. Assim dentro de um sistema formal fechado nunca poderíamos chegar aos gráficos apresentados, pois um conceito somente poderia ser abordado dentro do que já foi definido, e não gera qualquer transformação mais informação que não possa ser deduzida dos axiomas fundamentais do sistema.

Quanto ao *Entscheidungsproblem*, seu nome alemão oriunda do seu propositor, David Hilbert, no Congresso Internacional de Matemática de Paris de 1900, onde também propôs o problema resolvido por Gödel⁶². O que Hilbert queria era saber se havia algum algoritmo geral que pudesse resolver todos os problemas

⁶² PENROSE, Roger. The emperor's new mind. New Preface Edition. New York: Oxford, 1999 p. 45

matemáticos. Alan Turing foi além da formulação particular em termo de axiomas matemáticos, e visualizou de modo prático que a pergunta era a mesma que se era possível bolar um mecanismo que resolvesse todos os problemas matemáticos.

Para a resolução deste problema Turing bolou um dispositivo computacional, a máquina de Turing, onde visualizava os fatores que poderiam influenciar a efetividade do algoritmo. Logo se constatou que para alguns problemas a máquina entrava em *loop* (repetia sempre a mesma instrução, por meio da recursividade da expressão algorítmica) e não sabia quando parar. Não se podia evitar isto, pois a máquina somente pode conhecer do algoritmo, depois de executá-lo, o que por si jogaria a máquina no laço, sem meios próprios de parar. Por este motivo, o problema também é conhecido como *problema da parada*, pois se a máquina conseguisse parar de executar o algoritmo por meios próprios, o problema estaria resolvido.

O problema da parada guarda relação com a incompletude de Gödel, tanto pela formulação do problema (*todo e qualquer problema matemático*), como pelo fato de que criar um algoritmo é formalizar uma situação. Assim se perguntava se dentro de um sistema formal (algoritmo) havia como resolver todo o problema matemático, mas sabemos que isso não é possível. No final a conclusão de Turing foi que embora fossem os problemas matemáticos de um modo geral computáveis, não existe nenhum algoritmo que funcionasse para toda questão matemática, nem qualquer máquina ou capacidade de dados que pudessem ser computados.⁶³ Em seu artigo *Computing Machinery and Intelligence*⁶⁴, ao responder a questão se computadores poderiam pensar, Turing cita que há uma restrição matemática à esta possibilidade, uma vez que baseado na demonstração de Gödel, poderiam se criar dilemas que colocariam a máquina em *loop infinito*⁶⁵, impedindo-a de ser tão independente como o ser humano. Não há um problema definido que sirva para todas as máquinas, mas cada uma sempre terá uma classe de problemas do tipo recursivo que não conseguirá processar.

⁶³ PENROSE, Roger. *The emperor's new mind*. New Preface Edition. New York: Oxford, 1999 p. 83

⁶⁴ TURING, Alan M. *COMPUTING MACHINERY AND INTELLIGENCE*. Oxford U. P.: **Mind**, New Series, Vol. 59, No. 236. (Oct., 1950), p. 444.

⁶⁵ i.e. também conhecido como laço, é a repetição de dado comando até que se verifique um certo parâmetro pré-definido.

3.2 O DILEMA DO FORMALISMO JURÍDICO

A questão do formalismo sempre foi importante no direito, tendo em vista inúmeros aspectos do mesmo, tanto no direito material como formal. Um fundamento da distinção do direito sobre as regras costumeiras seria a formalização dos atos, pois é praticamente impossível imaginar o direito sem procedimentos de formalização. Seria oportuno lembrar que a formalização acompanha a gênese do sistema jurídico romano, onde se articulavam o sistema religioso (fas) e profano (jus), sendo que no primeiro o formalismo era o fundamento do ato jurídico⁶⁶. Criar uma norma é formalizar uma relação social. Porém o direito em si não é de todo formal, visto que comporta entidades metafísicas como valores e política. Todavia, era inevitável o aparecimento de alguém com a boa intenção de se formalizar o direito entre os séculos XIX e XX, e um dos que se destacaram foi Hans Kelsen.

Para que este formalismo fosse possível, algumas providências precisavam ser tomadas: o maior problema seria sem dúvida o da interpretação, pois se a norma tem seu meio físico através da linguagem, estaria sempre submetida ao inconveniente das múltiplas interpretações, e é um pré-requisito do sistema formal que a definição de cada conceito seja inequívoca. A idéia de supremacia da norma fundamental de Kelsen se deve ao fato de que ela é quem vai regular qual a interpretação se deve dar as normas para que apenas uma seja correta. Não é porque a norma superior é boa e bem escrita, mas sim por esta função:

A característica essencial do positivismo, em contraste com a teoria do Direito natural, pode ser encontrada precisamente na difícil renúncia a uma justificativa material absoluta, nesta limitação abnegada e auto-imposta a uma fundamentação *formal*, meramente hipotética, sobre uma norma fundamental.⁶⁷

A norma superior Kelsiana era o elo do sistema jurídico formal com o mundo real da vontade política, e sua *superioridade* emanava apenas disto, pois as demais

⁶⁶ MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. Instituições de direito romano. 2 Ed. São Paulo: Max Limonad, 1970 p.37

⁶⁷ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000 p.565

normas, dentro do sistema formal, não admitiriam este tipo de contaminação. Agora de uma olhada no teorema de Gödel. Vimos que nenhum sistema formal pode ser completo e autoconsistente. Assim o que aconteceria se Kelsen conseguisse edificar completamente o seu direito formalista? Aconteceria que em algum momento as pessoas passariam executadas por roubar galinhas e assassinos estariam impunes. Como assim? Provavelmente não seriam essas as injustiças que começariam a aparecer no sistema, mas certamente depois de alguns usos o sistema começaria a falhar, e se tornaria demasiado ineficiente e injusto, pois as *ginásticas* formalistas dos juízes criariam precedentes jurisprudenciais, que teriam efeito multiplicador sobre o número de proposições válidas dentro do modelo. Com o tempo as bases axiomáticas que Kelsen injetou no sistema entrariam em contradição com as proposições novas que apareceriam. O sistema seria abandonado como um grande mal que a humanidade fez a si mesmo.

Felizmente não foi possível que a humanidade vivesse este processo, pois o modelo de Kelsen nunca foi inteiramente aplicado e mesmo entendido. A razão dos princípios na norma fundamental era orientar a interpretação para dentro do sistema, criando um liame entre a realidade terrena e o sistema formal. Seu consolo foi ter morrido antes de ver a sua tese deturpada pelos neoconstitucionalistas que invertem toda a sua lógica, e usam a ideia da norma fundamental como um código de princípios para ignorar o resto do ordenamento. A ideia de Kelsen não era má, mas após o teorema da incompletude ficou claro que o direito não pode ser completamente formalizado: quanto mais formalizado o sistema, maior a chance de ele abrigar contradições.

Dentro da parte formalizada do direito encontramos situações indecidíveis como Gödel propôs, porém elas nem sempre são óbvias. As contradições do sistema formal estão na forma de paradoxos, que estudaremos na seqüência. Por ora nos centramos na crítica ao formalismo jurídico, pois toda formalização tem o dom de se multiplicar por si própria, conforme a criatividade humana. Obviamente que o aumento expressivo da formalização das relações não se daria sem claro prejuízo à autonomia do indivíduo.

Quanto ao *entscheidungproblem*, o que temos a dizer? Vamos supor que um juiz, ao analisar um caso qualquer, se depare com a situação de haver dois dispositivos de mesma hierarquia ditando normas contraditórias entre si. O que o juiz deve fazer? Certamente não esperamos que o juiz, um ser humano, fique estático

sobre a mesa esperando imóvel que apareça alguma norma que revogue um dos dois dispositivos, resolvendo o conflito. Esperamos isto sim, que ele passe para outra abordagem, como usar princípios, jurisprudências, bem, qualquer coisa que não seja ficar imóvel. Aonde quero chegar com isto? Bem, quando um computador se depara com um problema indecidível, que não permite que ele avance em seu processamento, ele geralmente entra num estado inerte, que se manterá até a presença de alguma interferência externa. Na medida em que tolhemos a iniciativa do juiz de se usar diversas fontes de direito, o reduzimos a um computador. Em outras palavras, na medida em que vinculamos as decisões do juiz a determinados procedimentos, agigantando o processo contra o ser humano, estamos tornando a atividade judiciária mais próxima de um algoritmo matemático. E quanto mais o processo é semelhante a um algoritmo, maior a probabilidade de que um magistrado se depare com uma situação de dúvida. E em caso de dúvida é *in dubio pro reo*, *in dubio pro misero*, etc... Não há justiça em sentido estrito.

O que se defende com este argumento é autonomia do magistrado, a sua liberdade enquanto ser humano de usar as diversas fontes do direito para atingir os objetivos do processo, e que a excessiva regulamentação do mesmo oferece danos, da mesma forma como apontamos anteriormente na relação entre restritividade do ordenamento e justiça. Se na relação exposta anteriormente a restritividade tinha como efeito tornar o sistema injusto, a transformação do processo num perfeito algoritmo pode acabar por torná-lo inconcluso.

3.3 DIREITO: UMA FONTE DE PARADOXOS

Embora o teorema da incompletude garanta a presença de paradoxos dentro de um sistema formal, há outras causas para que o direito seja uma seara de conflitos. Não achei dados estatísticos sobre a matéria, mas uma simples busca jurisprudencial demonstra que não é raro que o mérito material de processos recaia sobre fundamentos legais contraditórios. É sobre a contradição que falaremos agora.

Há duas formas de ocorrer este fenômeno: uma é através da contradição literal, que constitui grave omissão do legislador; a outra é a contradição indireta, onde o problema não é constatado de modo exposto, mas apenas após uma

interpretação do problema que notamos o paradoxo. Há várias espécies de paradoxos, mas o que mais interessa ao direito é os que pertencem a classe do paradoxo de Russell, exposto no seu *Princípios de matemática*, escrito em 1903:

*R é o conjunto de todos os conjuntos que não contém a si próprios.*⁶⁸

Uma leitura apressada, muito comum entre os atarefados legisladores, não permite que nos demos conta de que: 1) Todo conjunto é um subconjunto de si mesmo; 2) Portanto R deve estar contido em si mesmo; 3) Porém R é justamente o conjunto que não admite subconjuntos de si próprios, pois apenas contém conjuntos que não contém a si mesmo. Ora, vemos que há um erro de lógica aqui, porém não há preceito da lógica de conjuntos que pode ser afastado do caso demonstrado.

Que características apresenta este paradoxo? Ele tem uma auto-referência, e uma descrição atípica em matéria de conjuntos. Pode-se dizer que o paradoxo existe devido a estranha propriedade de R ser formado por conjuntos que não contém a si próprios, mas de fato isto não é tão relevante. O problema está que há uma lei omitida aqui, que todo conjunto é um subconjunto contido em si próprio. Assim a contradição das propriedades do conjunto R e a sua impossibilidade existencial somente podem ser denotadas a posteriori. A auto-referência também tem um papel na formação do paradoxo: permite que as duas normas contrárias incidam sobre o mesmo objeto. Também faz pressupor que ambas as leis de formação do conjunto sejam validadas, pois são pressupostos de R, que se pressupões válido.

As leis podem ser contraditórias pelos mesmos processos que afetam os paradoxos: 1) Há tantas leis válidas que é absurdo esperar que todas sejam consideradas quando se cria uma nova lei. 2) A lei se faz valer pela legalidade, não legitimidade, assim o fato de uma lei ser contraditória com a própria realidade não impede que seja considerada válida pelo judiciário se preencher os requisitos formais; não é possível simplesmente achar por bem ignorá-la e para revogar uma lei há um processo; 3) A auto-referência, que uniu duas propriedades contraditórias para um mesmo objeto, pode ser substituída por dois diplomas distintos que versam sobre a mesma matéria. Assim atribuir duas propriedades auto-excludentes para um mesmo objeto é uma praxe muito mais comum do que se imagina.

⁶⁸ RUSSELL, 1902 apud PENROSE, Roger. The emperor's new mind. New Preface Edition. New York: Oxford U. P., 1999, p 131

Desde modo o direito torna-se um campo fértil para as contradições, e por isso não deve se restringir o arsenal do juiz para enfrentá-las.

3.4 A LIBERDADE E A INDECIBILIDADE

O problema da indecibilidade no direito é um problema do poder judiciário, da mesma forma que o problema da ameaça à justiça pelo cerceamento da liberdade é um problema da arte de bem legislar. Isto decorre das competências funcionais, pois quem faz as leis, e que, portanto deve se policiar para não fazê-las demais é o legislador; já aquele condenado a resolver os conflitos indecidíveis no caso concreto é o juiz. O judiciário também exerce função legislativa na medida em que a jurisprudência é fonte de direito (não somente no *common law*, mas também dentro do direito brasileiro com a súmula vinculante⁶⁹), o que serve de reflexão também ao judiciário sobre a ponderação na instituição de monopólios hermenêuticos.

Suscitamos dois debates, em vista as implicações da indecibilidade, para finalizar nosso estudo: se não há opção clara da lei para o caso, não seria melhor ignorar a decisão judicial, por esta ser arbitrária? Será que esta decisão judicial é mesmo arbitrária?

Para a primeira questão buscaremos argumentos antropológicos para assentar que, se judiciário não dispuser para determinado caso concreto de uma opção clara da lei, isto não o impede de dizer o direito. A opção por se levantar argumentos antropológicos é derrubar os argumentos de pensamento *contratualista* que possam sustentar que sendo as leis o efetivo contrato social a ser cumprido, uma vez que o juiz não decide com base nas leis, o julgamento é nulo perante as partes. A teoria contratualista remete a Hobbes, mas seu apogeu ocorre quando Rosseau expõe em *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* sua teoria quando ao mesmo tempo funda a antropologia, como atesta Lévi-Straus⁷⁰, ao afirmar que Rosseau é o fundador da antropologia no plano:

⁶⁹ Instituída pela LEI Nº 11.417, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006.

⁷⁰ LÉVY-STRAUSS, 1993 APUD ASSIS, Olney Queiroz, KÜMPEL, Frederico Vitor, Manual de antropologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011 , p 56.

a)prático, pois é o primeiro tratado de antropologia clássica na qual se coloca o problema das relações entre natureza e cultura; b)teórico, ao estabelecer mais tarde no *Ensaio sobre a origem da línguas*, a regra metódica segundo a qual, “quando se quer estudar os homens, é preciso olhar em torno de si, mas, para estudar o homem, importa começar observando as diferenças, para descobrir as propriedades”.

Quanto à seguinte discussão, sobre se é arbitrária ou não a decisão do juiz quando feita sobre uma contradição do direito material, não é em função da decisão que se vai argüir que o juiz deixou de aplicar justiça, atingindo as expectativas que as partes têm do mesmo. A explicação se dará pelo princípio processual da *exigência de motivação das decisões*.⁷¹ Uma vez que o juiz é obrigado a motivar suas decisões, ele é motivado a adentrar dentro da psicologia de cada parte, e experimentar a condição de cada uma delas perante o imbróglio, visto que a motivação deve respeitar a *imparcialidade* e o *contraditório*. Evidentemente que extrair as expectativas de cada parte sobre o litígio é algo muito subjetivo, mas desse modo nenhum juiz passará pela causa sem apresentar ao menos um ponto de vista que alguma das partes irá julgar válido. Todavia esta ferramenta somente é válida para a resolução de casos concretos, e não válida o teor dessas decisões como precedente, para ser usado como fonte de direito.

3.4.1 A EXCESSÃO DE INDECIBILIDADE

Uma vez que é impossível a resolução de todos os conflitos pelas normas do direito, por tudo o que foi exposto anteriormente, pergunta-se: Se o direito não pode oferecer uma resposta não discricionária para um problema, pode se considerar esta não legítima, e assim abdicar da intervenção estatal, partindo para autotutela?

Com efeito, se olharmos para as teorias contratualistas do direito, a idéia não é de todo má. Segundo Rousseau:

“E, pela natureza do contrato, se veria que não poderia ser *irrevogável* porque, se não havia poder superior que pudesse ser fiador da fidelidade dos contratantes, nem forçá-los a cumprir seus compromissos

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006 p.74

recíprocos, as partes permaneciam únicos juízes em sua própria causa e cada uma delas teria sempre o direito de renunciar ao contrato logo que percebesse que a outra transgredia as condições ou quando essas condições cessassem de lhe *convir*. É sobre esse princípio que parece que o direito de abdicar pode ser fundamentado.”⁷²

O argumento é sedutor, mas se olharmos para as bases antropológicas do direito, veremos que não se sustenta mais esse tipo de argumento no direito. Para tanto, trabalharemos agora sobre algumas fontes da antropologia. O primeiro texto é o de DIAMOND. É uma obra em que o contexto geral é explicar a conjectura de forças que levou a Eurásia como continente dominante, quando do início da era moderna, com base na geografia.

Observa DIAMOND que em sociedades humanas caçador-coletoras, não se observa grandes distinções sociais. As relações de *status* dentro de um clã, não derivam em diferenças materiais dentro do grupo, como a posse de bens. Afinal, nesse tipo de agrupamento humano, não há muito que falar em termos de propriedade uma vez que em sociedades nômades somente se pode conceber a existência de bens pessoais, possíveis de serem carregados. Essas sociedades são geralmente vistas como pacíficas, e isso deu a ilusão que poderiam esses povos desenvolver contratos sociais para se organizarem. Porém durante o convívio com esses pequenos grupos Diamond notou que eles tinham rixas entre si, e que durante encontros de clãs para intercâmbios diversos como os conjugais, sempre corriam momentos de tensões e pessoas tentando assassinar outras em retaliação ao passado. Na prática, ocorrendo crimes, os grupos se dividem ou se reorganizam para separar os interessados e evitar novas mortes. Quando dois nômades estranhos se encontram o primeiro esforço que fazem é traçar laços familiares ou sociais, que justifiquem uma boa convivência entre si, assegurando que um não matará o outro. Além disso, muitas pesquisas com grupos de nômades ensejam um erro epistemológico: os pesquisadores pressupõem a harmonia social, pois ao conviverem com um grupo de 25 pessoas durante três anos, não vêem nenhum crime. Contudo, se estes ocorressem, seria impossível a existência do grupo, pois estando este exposto a uma ampla gama de tragédias (ataques de animais,

⁷² ROSSEAU, Jean-Jacques. A origem da desigualdade entre os homens. São Paulo: Escala, 2007 p, 76

infecções), se um adulto fosse morto a cada três anos, seria impossível o grupo se perpetuar. Diamond ainda acrescenta que ao conversar com qualquer nômade sempre se escutará uma seqüência de tragédias e assassinatos. Essa é a vida real do homem, sem o estado.

Com o sedentarismo, e a impossibilidade de se simplesmente apartar as partes litigantes, é natural que surjam novas soluções para o conflito. DIAMOND apresenta uma tetra-partição dos sistemas de organização social feita com base em critérios antropológicos, como população, assentamento (nômade/ sedentário /mononuclear/ polinuclear), divisão agrária, produção de alimentos, etc..., nas estruturas de bandos, tribos, *chiefdom*⁷³ e estados. Mesmo não havendo uma linha evolutiva inequívoca das sociedades humanas, como queriam os eurocentristas do século XIX, há uma hierarquia nessas estruturas. Pois elas contemplam aspectos funcionais da organização social em função da população do grupo. Na ótica do autor é o aumento populacional pelo excedente de alimentos que irá liberar pessoas para desenvolver atividades político-administrativas, e em função da mão de obra disponível é que o poder se reestrutura. Não há um processo de concentração de poderes nas mãos de uns pela abdicação de outros do seu poder, o que ocorre é que após alguns deterem o poder (por qualquer forma) eles se submetem a determinados critérios para o exercício do poder de modo que os outros abdicuem do uso *da força* (e não da *sua liberdade*) para derrubá-los. Esses critérios são os argumentos de justificativa para o poder. Se as pessoas abdicassem do seu poder voluntariamente para formar estados, como querem os contratualistas, obviamente que as religiões e os filósofos *amigos do rei* não se esforçariam tanto para criar justificativas para o poder monocrata.

A concentração de poderes numa sociedade não implica na existência de um contrato social. Pela sua natureza de criatura *social*, naturalmente os indivíduos humanos assumem papéis distintos dentro do grupo a que pertencem, e este processo obviamente facilita a concentração dos poderes decisórios numa sociedade. Todavia animais como lobos, e alguns primatas também são seres sociais, pelos mesmos motivos ecológicos que o ser humano, e nem por isso

⁷³ i.e. o termo *chiefdom* não possui tradução literal na língua portuguesa. Poderíamos tomar emprestada a expressão *sociedad de jefatura*, do espanhol e traduzir como *sociedade de chefatura*.

dizemos que os chimpanzés e golfinhos são criaturas contratualistas. DIAMOND lembra que o padrão de concentração de poder que apresenta é só o mais comum, sendo sua primeira função afastar a autotutela, impedindo que se crie um estado onde impera a lei de Talião. Pode se considerar relevantes quatro funções que a concentração do poder exerce, usadas como argumento de sua legitimidade:⁷⁴

- 1.O desarme da população e o armamento da *elite*⁷⁵, dificultando a autotutela violenta e os crimes;
- 2.Aplicação de redistribuição de renda, solidariedade social.
- 3.Monopólio do poder para manter a ordem;
- 4.Construção de estruturas ideológicas para conferir legitimidade do poder, tal como as teses absolutistas. Visa dar estabilidade ao poder, caso as três iniciativas anteriores fracassem.

Na vida dentro de grandes grupos humanos não podemos dispor do monopólio do poder do estado. Ainda que adotássemos a anarquia, com o tempo naturalmente uma forma de estado apareceria novamente. Pelo necessário monopólio de poder do estado, da mesma forma que não podemos fugir de uma decisão judicial por nos parecer injusta, também não podemos propor que se crie um *incidente de indecibilidade*, na seara processual, quando as leis se contradizem e a decisão do magistrado aparenta ser arbitrária, passando à autotutela.

Embora, a idéia da autotutela do direito se resguarde na idéia de uma autonomia do individuo, esse tipo de autonomia é uma ilusão fabricada pelo pensamento ocidental individualista. Resgatando os fundamentos antropológicos, vemos no trabalho de Walter Burket⁷⁶ em pesquisa sobre o comportamento de chimpanzés, que nestes há uma intrincada rede de retribuição a agressões, sendo que ela não é livre e segundo a máxima “olho por olho, dente por dente”. Dentro da organização há a figura do macho *alpha*, o líder do grupo, que não permite a ocorrência de agressões em sua presença. Toda agressão não autorizada é fruto de “punições”. O *alpha* detém assim o monopólio da força, algo que sabemos da importância para a manutenção da ordem interna de um bando. Ora, se a própria natureza adotou a solução do monopólio da força por um membro do grupo, foi

⁷⁴ Adaptado de DIAMOND, Jared. GUNS, GERMS AND STEEL: A short history of everybody for the last 13,000 years. 10. Ed. London: Vintage, 2005 p.275

⁷⁵ i.e. elite no sentido daqueles que podem usar a força, pelas suas relações com o poder;

⁷⁶ BURKERT, 2006 APUD ASSIS, Olney Queiroz, KUMPEL, Frederico Vitor, Manual de antropologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011, p.152

porque a seleção natural não permitiu a integridade dos organismos sociais mediante outras estruturas. Isso nos indica que a idéia de arbitragem pelo poder deriva naturalmente de um estado de natureza pré-existente. A política é uma invenção humana, mais precisamente Greco-latina, nos ensina Moses Finley⁷⁷, o que não quer dizer que o estado foi inventado de uma hora para outra, mas sim que somente foi estudado enquanto conhecimento a partir da era clássica, e assim não poderia conceitos sofisticados como o de um contrato social, tomar corpo antes da emergência da filosofia política e do direito. Na primeira fase do direito romano, antes da era clássica, por exemplo, as práticas privadas guardavam rigoroso formalismo com motivação religiosa, como por exemplo, no rito da *mancipatio*. A luta judiciária iniciava-se após um *sacramentum* e a função pública de resolver litígios também era uma função sacerdotal, baseada na tradição dos costumes mais antiquíssimos.⁷⁸ Dentro das fontes clássicas notamos que o embasamento dos contratos deriva da cogência divina, e somente posteriormente pela autonomia do indivíduo.

A idéia da autonomia do indivíduo, enquanto fundamento da democracia, deve ter nascido na mesma época. Vemos na obra de Platão que essa tese já era aceita, sob uma interpretação da obra de Homero::

O ateniense: Todos, acredito, atribuem a essa época uma forma de governo baseada na autoridade pessoal, o que a propósito continua existindo hoje entre gregos e bárbaros em muitos lugares. E, evidentemente, Homero menciona tal forma de governo em conexão com o sistema doméstico dos ciclopes quando diz:

Estes nem assembléias deliberativas nem regulamentos tem,
Mas nos ocos de cavernas em cimos das montanhas
Habitam, cada um fazendo seu próprio regulamento
Para seus filhos e mulheres, sem com seus vizinhos se importar⁷⁹.

Homero não fala que os ciclopes viviam cada um por si, mas sim em patriarcados ou clãs. De fato houve um período em que os gregos se organizavam em clãs, mas as partes dentro de um mesmo grupo não realizavam a autotutela. A autotutela realizava-se entre os clãs, da mesma forma que os estados fazem uso da

⁷⁷ FINLEY, 1983 APUD CHAUÍ, Marilena. Convite a filosofia. São Paulo: Ática, 2000 p.479

⁷⁸ LOBO, Alberto Saraiva da Cunha. Curso de Direito Romano. Ed. Do Senado Federal, Vol 78. Brasília: Senado Nacional, 2006, p. 136

⁷⁹ PLATÃO (427-347 a.c.). As leis, ou da legislação e epinomis.. Bauru:EDIPRO, 1999 p.140

autotutela quando ameaçada a sua soberania. Mas isto não é autotutela no sentido do termo, e sim um conflito entre grupos. Imagina-se que isto era autotutela, pois hoje os indivíduos são autônomos e iguais (autonomia garantida pelo estado) uns perante os outros, assim quando dois indivíduos resolvem na base da força seus conflitos eles estão efetivamente fazendo uso da autotutela, mas se estes dois indivíduos representam reinos, povos ou clãs (estão no topo da hierarquia de poder), não são os indivíduos que estão em conflito, mas o grupo inteiro que eles governam.

Todavia, nos cursos de teoria geral do processo se admite que o ser humano em sua fase mais primitiva, inexistindo o monopólio da força pelo estado, adotava a autotutela como forma predominante de resolução de conflitos. Obviamente que essa doutrina é completamente alheia ao que se tem consolidado hoje na antropologia, citado anteriormente: não há sociedades humanas onde as pessoas fazem uso indiscriminado da autotutela sem algum tipo de sanção social para este comportamento. A única exceção seria o instituto do *duelo*, surgido no ocidente, mais precisamente no ano de 501 d.c.⁸⁰, quando Gundebald, rei dos burgúndios, estabeleceu o duelo judicial. Todavia, o duelo não existiu como forma de autotutela propriamente dita, mas sim como “evolução” dos primitivos julgamentos “divinos”, onde em se jogavam os réus em rios para que caso sobrevivessem restasse provada a sua inocência, ou ainda, no julgamento mais usado então pelos burgúndios, aquele em que se queima a pele de uma pessoa para conferir se três dias depois ela cicatrizaria, comprovando por meio de forças sobrenaturais as alegações em defesa própria. Curiosamente a preocupação de Gundebald foi com casos de pessoas que freqüentemente eram absolvidas por Deus, e assim tinham por hábito fazer falsos juramentos. Em consequência, achou o rei burgúndio que pôr o corpo à prova ao invés de apenas a pele da mão tornaria o julgamento divino mais evidente, e seu exemplo foi seguido no resto da Europa ocidental. Assim, o único caso de autotutela que se conhecia no direito, quando do ressurgimento das primeiras teorias contratualistas (e que provavelmente deve ter servido de modelo para formulação do conceito) nada tinha de nexos com as teorias que estes apresentaram. Embora seja razoável em um primeiro momento, a tese processualista que marca o nascimento do estado em meio a autotutela, ela não

⁸⁰ BALDICK, Robert. *The Duel: The story of Duel* by Robert Baldick. London: The Hamlyn Publishing Group Limited, 1970 p.12

encontra suporte fático e acaba se enquadrando na categoria de teoria contratualista, embora muitos processualistas não se dêem conta. Paradoxalmente, reconhecem os processualistas que essa escola de pensamento não tem valor maior do que o meramente histórico. A doutrina exposta na teoria geral do processo é a que transcrevemos abaixo:

Essa doutrina tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto, hoje falso, de que as partes se submeterem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado (a litiscontestação). Na realidade, a sujeição das partes é o exato contraposto do poder estatal (jurisdição) que o juiz impõe inevitavelmente às pessoas independentemente da voluntária aceitação.⁸¹

Vemos que não há mais fundamento que aceite a autotutela como algo oriundo da natureza. Além do que, esta visão ainda lhe daria algum tipo de credibilidade, o que é inconcebível visto que até tipificada como crime esta conduta o é. A autotutela é prevista pelo artigo 345 do código penal⁸² brasileiro (“exercício arbitrário das próprias razões”), inclusive por parte do estado (“exercício arbitrário ou abuso de poder”) ditado pelo artigo 350 da mesma lei.

Como o ser humano sempre seguiu a ordem de grupo, e hoje a ordem é o estado de direito, é inadmissível cogitar que pela subjetividade da decisão do juiz, quando o ordenamento é contraditório, pode-se abdicar dos efeitos do processo. Para esta situação há o recurso. Não pode o estado abdicar de seu papel de prolatar decisões, e sob este pretexto o magistrado pronunciar *que não sabe o direito*. Uma vez que se usurpou a liberdade individual em prol da formação de uma unidade social, somente resta ao estado assumir o ônus de eventualmente ser injusto pela impossibilidade de ser omissivo. É o risco da atividade de decidir ser injusto.

3.4.2 O PARADOXO DA JUSTIÇA: O FIM É O PRÓPRIO MEIO

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.297

⁸² BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

Agora vamos para a seguinte questão: É realmente arbitrária uma decisão tomada sobre o conflito de direito material? Para isto vamos retomar o conceito de justiça.

Conforme analisamos anteriormente, a causa material da justiça é o sentimento de injustiça ao se colocar se no lugar do outro para compreender a sua subjetividade perante o fato. Contudo, na doutrina é comum que se defenda que a causa material da justiça é o direito: a Justiça está em se dar a cada um o *seu direito* (*suum jus*)⁸³. Essa afirmação é baseada na resposta de Ulpiano sobre o significado da justiça: a justiça é *dar a cada um o que é seu* (“*suum cuique tribuere*”)⁸⁴ e se assume que essa seria a causa formal do direito. Porém se a causa material é a mesma que a formal, há certa confusão por parte da doutrina que assume esse ponto de vista. Qual o critério de validação desse direito a ser distribuído? A legalidade ou moralidade? Caso seja moral, como sabê-lo? Se legal, adentramos no problema de como pode ser a causa material da justiça distribuir o que é de direito, se podem existir normas injustas? E nesse caso, como distribuir a injustiça pode ser a causa material da justiça?

A justiça é uma concepção negativa, tal como a liberdade: não se constata a justiça das coisas, apenas a injustiça. Isto explica por que sempre se busca promover a justiça, enquanto valor, mas ninguém fala que sofreu uma “justiça”. Pelo contrário, é usual que as pessoas somente abarquem o assunto da justiça quando sofrem a injustiça, e somente a partir desse ponto se inicia a discussão sobre o que seria justo naquele caso. Se a justiça fosse um conceito positivo, não faria sentido que somente recebesse a alcunha de justo aquele que não comete injustiças, mas a partir do momento em que comete uma única, ele passa a ser chamado com razão de injusto. Duas justiças não fazem um homem mais justo, mas duas injustiças marcam ainda mais negativamente a reputação de um homem. Isto porque somente pode ser chamada à sensibilidade a soma de dois elementos de concepção positiva, mas não dois negativos.

⁸³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual de direito e processo do trabalho. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸⁴ ULPIANO. Digesto, I, 1, 10 apud Op. Cit. p. 5.

A justiça não pode ser um conceito *tautológico* (como ocorre quando se atribui a mesma causa formal à causa material, ou seja, quando a matéria é a forma em si mesma), ou um conceito *relativizado* (como quis Platão ao afirmar que há opiniões sobre o justo e injusto, mas variando elas em cada pessoa, não seriam mais que opiniões⁸⁵). Quando se diz que a justiça é a virtude moral diretamente relacionada com a vontade e inclinada a *dar a cada um o que é seu*⁸⁶, não estamos evidenciando nenhum conceito incompatível com a reforma de sua causa material, apenas evidenciando que não há aplicação verdadeira da justiça quando se usa meramente critérios objetivos consagrados como é o caso da igualdade, que não é efetivamente objetiva (a igualdade assume significados diferentes se vista do ponto de vista material ou formal, o que é uma opção do exegeta, assim subjetiva). Platão entendia “uma pessoa é justa (pratica a idéia universal da justiça) quando faz com que o intelecto ou a razão domine e controle inteira e completamente seus impulsos passionais, seus sentimentos e suas emoções irracionais”⁸⁷. É cabível afirmar que Platão entendia isso porque somente se é possível abstrair a posição psicológica do outro, *abdicando* de si mesmo, e para esta abdicção é necessário que se ignore os próprios pensamentos passionais e sentimentos. Todavia não são todos e quaisquer sentimentos, mas sim somente aqueles que guardam a relação do eu com o mundo exterior, ou seja, os que têm nexos da pessoalidade do julgador. Por isso que é um preceito da justiça a impessoalidade, afinal somente sendo impessoal se atinge a causa material da justiça. Se a justiça fosse apenas objetiva, admitir-se-ia a sua existência olhando apenas para os fins, quando sabemos que a sua preocupação é com o meio (imparcialidade, impessoalidade, etc...)

Porque Platão afirmava que para se atingir a justiça deve se levar em consideração apenas o intelecto? Isto se deve a razões do modelo gnosiológico platônico. Platão acreditava na total separação entre razão e sentimento; para ele todo conhecimento (seja sensível, seja intelectual) é produzido pelo objeto⁸⁸. Hoje sabemos que não há *razão* sem atividade do aparato *passional* do cérebro. Como

⁸⁵ CHAUI, Marilena. Convite a filosofia. São Paulo: Ática, 2000 p.90

⁸⁶ MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo:PAULUS, 2006 p.373

⁸⁷ CHAUI, Marilena. Convite a filosofia. São Paulo: Ática, 2000 p.90

⁸⁸ MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. 16. ed. São Paulo:PAULUS, 2006 p.24

expõe claramente Damásio, se a razão é um sistema lógico dedutivo mediado por um sistema simbólico, não podemos esquecer que para esse sistema funcionar ele necessita ser ordenado, e essa ordem será dada pelos *marcadores somáticos* (informações processadas na área límbica do cérebro, que envolve sentimentos)⁸⁹. Em outras palavras, não adianta saber pensar bem, se não se sabe sobre o que se pensar; e o que nos diz o que pensar são os valores que adquirimos e classificamos por meio de nosso sistema passional. Dessa forma, não há como se isolar pura razão para distribuir a justiça, afinal quando usarmos a razão com esse fim, automaticamente o nosso sistema límbico entrará em ação influenciando o processo. A questão é: como direcionar essa influência passional na razão para os fins de consecução de justiça? Apenas de modo que usemos o nosso sistema passional de modo a simular as condições fáticas de cada uma das partes em questão. Neste caso o sistema límbico age de modo positivo no processo, facilitando o entendimento das razões das partes e a interpretação do fato. Para se ser justo é necessário o conhecimento de causa.

Agora vamos analisar o processo lógico e mental de análise da justiça. Pelo que vimos, a *lógica* é puramente um operador matemático formal, e a razão existe em função de uma atividade passional que atribui significado aos símbolos abstratos da razão. A lógica se direcionará para a causa formal, que será a modelação dos critérios subjetivos (estado emocional) do ser para dentro da finalidade. A eficiência na reconfiguração do estado emocional é o que determina a excelência do processo formal. Assim, a capacidade do indivíduo de se sensibilizar e reconfigurar seus sentimentos dentro da realidade dos outros para melhor interpretá-los é proporcional a capacidade do sujeito em distribuir justiça, pelo exposto anteriormente.

Para a certeza de que eu esteja a sentir o que o outro sente, é necessário presumir que o outro é *igual* a mim, ou seja, que diante dos mesmos dilemas há uma expectativa de comportamento *igual*, pois caso contrário seria impossível mensurar a realidade do outro se a única unidade de medida disponível (o homem é sempre a unidade de medida de si próprio) não fosse válida. Esta é a razão porque a igualdade é um operador lógico da justiça.

⁸⁹ DAMASIO, Antonio R. Descartes's error: Emotion, reason and the human brain. New York: Avon Books, 1995 p.199

Para que se penetre na realidade do outro, devo abdicar do meu eu, e me libertar da carga *pessoal* que reside no meu sistema passional, permitindo naquelas regiões da minha mente que habite o que eu acredite que seja o a carga pessoal do outro. Assim, sem impessoalidade, não há como se obter máxima eficiência da minha operação de cálculo de justiça;

A liberdade também é um princípio informativo da justiça. Se admitíssemos que não existe a liberdade de vontade, o jogador que aposta a casa no caso anterior, ao perder a casa, pensaria consigo mesmo: *“puxa, não pude evitar que apostasse minha casa, pois estou viciado na jogatina. É uma injustiça que eu padeça desse mal e os outros não.”* Isto ocorre porque não podemos cometer injustiças contra nós mesmos. As causas da injustiça desse modo são sempre externas. Ora, se sou responsável por frustrar minhas expectativas, o bem *expectativa de direito* desaparece sem que se forme a concepção de injustiça. No caso do jogador, ao apostar a casa, ele fez desaparecer toda sua expectativa de posse do bem, e a substituiu pela expectativa de que possa continuar jogando mediante as regras da mesa, o que gerará um sentimento de frustração muito menor em caso de insucesso. A liberdade de agir e ter suas expectativas reguladas pelos seus próprios atos desse modo evita injustiças, pois para um mesmo resultado objetivo desagradável, se as causas forem internas não se considera que houve injustiça, mas se forem externas, como quando se age sobre a orientação de outro, passa a existir a injustiça, proporcional ao bem esperado. Para um mesmo resultado pode haver injustiça ou não, se as pessoas agirem movidas por sua própria vontade, ou por determinações alheias. Sempre que a liberdade for cerceada se assume a responsabilidade de ser injusto. Logo, tolher a liberdade alheia é assumir o risco de ser injusto pelo resultado objetivo da ação. Quanto a isso é interessante notar que é comum que em estados onde há democracia, pelo fato da população contribuir para a construção do ordenamento, se tolerem mais os erros do estado do que naqueles regimes considerados arbitrários. Por isso os estados ditos democráticos tendem a ser mais estáveis do que aqueles monocráticos: nos primeiros a população se sente responsável pelas conseqüências negativas, e não imputa toda responsabilidade pelas injustiças ao estado; nos segundos qualquer mal resultado decorrente de uma decisão do governante gera um argumento de injustiça. Um refutador apressado iria opor o exemplo romano, que passou do senado para o império, e que este durou até as invasões bárbaras. Agora, leve em consideração o seguinte: quanto tempo um

senador permanecia ocupando o seu cargo em média, até morrer de velhice? E quanto tempo permanecia um imperador, em média, no seu cargo até ser assassinado?

Como vemos todos aqueles princípios informadores da justiça, não existem por si só, como uma dádiva para que os homens bem se relacionem uns com os outros. São na realidade os operadores lógicos que mente humana faz uso para que consiga consubstanciar a causa material da justiça.

Por fim, para finalizar que a idéia de justiça não reside em um objeto em si, mas na subjetividade, vamos analisar o que é o bem universalmente prejudicado na injustiça. A idéia de tempo presente na consciência humana é um estado de expectativa em relação a um futuro baseado no passado mais próximo o possível que não o qualifique como passado. Isto em decorrência do estado das coisas se originar no passado, e só posso ter certeza do *status* da realidade se não decorreu muito tempo desde o momento do agora e momento em que tomei conhecimento do objeto, pois ele pode mudar enquanto isso, e a probabilidade de mudar é proporcional ao tempo decorrido. Como a consciência é seqüencial, uma função que se desenvolve sobre uma variável linear chamada *tempo*, que é contínua, a consciência, também somente pode ser vista de modo contínuo, e não discreto. Logo, não pode existir um presente nítido isolável, pois quanto menor a fração de tempo considerada como presente, menor as informações que obtemos dela, a tal ponto que se tentarmos capturar mentalmente o presente, no máximo sentimos um sentimento de fundo qualquer não identificável. Se o *tempo* fosse uma variável *discreta*, não teríamos tantos problemas em entender a intangibilidade do presente. Ao se adentrar na psicologia do outro para simular a sua consciência nos deparamos que a materialidade de seu direito não reside no próprio direito em si, mas expectativa de sua materialidade, pois o presente e o estado das coisas apenas existem enquanto expectativa, e negá-la é negar a própria realidade. Por isto o valor da *segurança jurídica*, pois a mudança torna nula a expectativa desde o momento em que esta foi concebida. Como a materialidade do direito é proporcional à expectativa, e esta proporcional ao tempo, ocorre que quanto maior o tempo decorrido desde a formação da expectativa de usufruto de um direito, maior a lacuna psicológica decorrente da frustração dessa expectativa. A prova maior que a injustiça decorre sobre a expectativa e não sobre o bem, é que quando um jogador aposta a casa no carteadado e a perde, sua dor é proporcional a expectativa gerada

desde a aposta até a jogada. Se lhe tomassem a casa de modo injusto, sobre o mesmo resultado, a perda da casa, passaria por dor maior, proporcional a sua expectativa de tempo para adquirir outra casa, para falar no mínimo

Agora que sabemos que a justiça não se dá apenas pelo critério objetivo, podemos afirmar que o simples conflito de direito não torna o juiz injusto. Se efetivamente o juiz se colocou no lugar das partes e sentiu as expectativas de direito de cada uma delas, está presente a causa material da justiça. Se a norma assiste a ambos os lados da causa, injustiça seria abdicar de definir o direito, que é a real expectativa de quem recorre ao judiciário. Quanto ao fato de que o entendimento prolatado não seria o mesmo se o julgador fosse outro, cabe refletir: se a justiça do julgamento é proporcional a impessoalidade, e é a existência da pessoalidade no julgamento que leva a diferença de sentenças, vemos que é um vício da distribuição de justiça (a parcialidade/pessoalidade) que estamos focando, mas é um vício impossível de ser sanado, pois o julgar é uma atividade restrita a seres humanos.

Arbitrária é aquela sentença sem razões, e isso não existe enquanto respeitada o *princípio da exigência de motivação das decisões judiciais*.

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de impugnação para efeito de reforma. (...) Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões⁹⁰.

A motivação da decisão, contudo, desempenha um papel ainda maior, pois é um extrato da atuação da causa material da justiça. Afinal, para motivar as suas razões o juiz necessita adentrar o caso concreto e pensá-lo. Deste modo, sendo motivada a decisão, se atesta que a causa material da justiça está presente, e uma vez presente as causas da justiça, não há porque se falar na sua não concretização, independente do resultado do julgamento.

O problema é quando o judiciário passa a *legislar*, definindo entendimentos para casos onde não há uma posição jurídica doutrinária clara. Pois se no caso concreto o juiz pesou as razões de fato para aquele caso com o máximo de elementos possíveis, quanto aos casos futuros que se vinculam a esta sentença não

foi pesado nenhum elemento concreto. Porém se manifesta isso sim, a posição pessoal do juiz para aquela classe de problemas, pois as contra-razões do caso concreto são ignoradas *prima facie*. A ponderação axiológica está sempre sujeita a idiosincrasias. No Brasil, há o instituto da súmula de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública⁹¹, um grande passo no fortalecimento do judiciário sobre os demais poderes.

Assim é censurável o papel dos tribunais superiores, nas interpretações muito elásticas da lei. Se o judiciário serve para efetivar a justiça, é um contra-senso que ele atue a afastando da sociedade: quando o judiciário tira da população o direito de decidir, e o toma para si, a população perde a sua responsabilidade sobre o que está sendo decidido, e assim pode argumentar que está sofrendo uma injustiça do judiciário. Quando as cortes são ativistas e inovadoras, podem ser vistas como tiranas, e distribuidoras de injustiças. Este é o paradoxo moral do judiciário. Sobre a ótica desse argumento, contudo, não é censurável a decisão que libera condutas, mas é sim aquela proibitiva, pois é pela coerção que o poder e a responsabilidade do cidadão são usurpados.

⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 74

⁹¹ BRASIL. LEI Nº11.417, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em 12/11/2012

CONCLUSÃO

A idéia principal desta investigação científica era buscar fundamentos não axiológicos para a liberdade no direito, colocando-a em um contexto instrumental para a realização dos fins do direito. E quanto a este ponto o sucesso foi claro. Essa instrumentação não se dá por um único fenômeno, mas sim vários como podemos acompanhar aqui.

O primeiro objetivo foi visualizar um fundamento que justificasse o dever do direito de proteção a liberdade. Para isto resgatamos o seu papel epistemológico, ao aventar e embasar a tese de que a liberdade age como elemento delineador da barreira metodológica entre as ciências ditas exatas e humanas.

A pesquisa nesta área não é conclusiva, pois a dicotomia metodológica se explicaria ou pela liberdade do homem, ou pelo fato do *homem ser a medida de todas as coisas*. Como no decorrer da obra apontamos que o livre-arbítrio em si não existiria talvez a verdade penda mais para a segunda opção. Todavia a ilusão da liberdade do homem ainda não é eliminável dentro do método, sendo o fenômeno pelo qual o homem denotaria a sua fraqueza em ser a medida de si mesmo. Assim, definir entre a liberdade ou a escala humana como agente da dicotomia epistemológica, é uma opção do pesquisador, pois ambas se relacionam entre si.

Na obra se tomou a opção pelo argumento da liberdade, e com base nisto ficou realçado o papel do direito dentre as ciências humanas, já que no direito a liberdade deveria assumir funções instrumentais, e não ser um mero ruído metodológico, como nas demais.

O segundo passo foi apontar estas razões instrumentais, e optamos por duas classes de razões: as razões de eficiência do ordenamento em ser justo, e as razões decisórias e anti-formalistas, inspiradas no teorema da incompletude de Kurt Gödel.

Quanto ao estudo sobre a eficiência do direito em função de justiça, ética e liberdade, os resultados foram os mais positivos possíveis. Nesta linha de pesquisa foi construída uma nova *teoria da ética*, onde foi emprestado um modelo da área pedagógica, o de Kohlberg, para construirmos um método de mensurar a ética do indivíduo, dentro do modelo ético formal que propomos. Esta tarefa de reformular a ética formal, tornando instrumental uma teoria brilhante de outra ciência por si só funda um ramo novo dentro do estudo da ética, que merece esforços para que seja

abandonado de uma vez por todas o triste esforço quixotesco de se ostentar a bandeira da ética material.

De posse de um método para mensurar a *graduação moral* do sujeito, criamos um índice hipotético de mensuração da coercividade do ordenamento. Este índice foi combinado com a *graduação moral* para se construir uma função matemática que relacione a justiça em função de ética e restritividade do sistema jurídico. Esta construção matemática somente foi possível com conhecimento prévio da área, e é gratificante observar como as interpretações gráficas da função apontam todas para máximas já consagradas desta relação, contudo agora parametrizadas formalmente.

Esta etapa da pesquisa foi novamente um sucesso, pois evidenciamos uma prova lógica e instrumental de que o sistema jurídico deve se conformar ao grau ético dos cidadãos para ser mais justo o possível, lhes concedendo liberdade proporcional a sua capacidade de discernimento moral. E assim encontramos o prometido argumento de que a liberdade é um instrumento irrenunciável do direito, alicerçando a tese central desta obra.

A demonstração matemática apresentada pode receber adendos diversos, a critério de novas pesquisas, e isto abre todo um novo ramo na filosofia do direito, sobre a compreensão de como se articula ética, norma e justiça. Não é a intenção do autor ressuscitar escolas exclusivamente formalistas, com a integração direito-matemática, mas sim fortalecer a compreensão e visualização da articulação de variáveis difíceis de se acompanhar quando não isoladamente.

A segunda classe de razões em prol da instrumentalização da liberdade, começa com a exposição do teorema da indecibilidade de Kurt Gödel e do Entscheidungsproblem. A intenção inicial da obra referente à matéria era partir da hipótese de que o teorema demonstraria que é impossível o direito não encerrar contradições, e por isto deveria se respeitar a liberdade do magistrado para decidir com base no caso concreto. Todavia a interpretação do teorema inicialmente pretendida estava errada, o que ameaçou a sistemática interna da obra na parte final. Do teorema brotaram argumentos que derrubam o direito positivo kelseniano, mas infelizmente por esta temática estar fora do escopo principal, não pode ser devidamente trabalhada. É uma linha de pesquisa que exige esforço emergencial de toda comunidade jurídica, para que se repense o papel da constituição enquanto a norma fundamental positivista. O teorema de Gödel mostra os riscos da teoria

positiva do direito, e em conseqüência, o desqualifica. Isto coloca em xeque os projetos formalistas, e se bem interpretado o teorema de Gödel, dos riscos de interpretações elásticas da lei.

Restou argumento do *entscheidungsproblem* assumir a função de valorar a liberdade decisória do magistrado, uma vez que ele aponta que o direito somente pode ser declarado por um ser humano, pois somente este está habilitado a superar as barreiras lógicas, erguidas pela abundância de paradoxos dentro do ordenamento.

A parte final da obra se dedicou a dois aspectos relacionados a indecibilidade: um é a questão de legitimidade moral da decisão controversa. É uma questão que dentro do direito já está ultrapassada, pois coisa julgada, se não exaurida a via recursal, acata-se. Por isto a resposta focou a veia filosófica do problema, desmontando as teses contratualistas que volta e meia questionam a existência do judiciário, usando-se argumentos antropológicos. O outro aspecto relacionado à indecibilidade é se na controvérsia de direito ao tomar qualquer opção o juiz seria arbitrário. Para tanto, foi reestruturada a idéia das causas da justiça, para que *princípio da exigência de motivação das decisões judiciais* pudesse por si só afastar a suspeição de arbitrariedade. Estes dois aspectos se referem à filosofia da indecibilidade, e não guardam relação direta com o tema do trabalho, apenas com esta questão acessória. Dentre as várias questões acessórias que o trabalho suscitou, foi opção do autor trabalhá-las um pouco mais que o usual, pela abundância das fontes e a pertinência das idéias.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES (384-322 a.c.). **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005
- ASSIS, Olney Queiroz, KÜMPEL, Frederico Vitor. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011
- ÁVILA, HUMBERTO. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011
- BARATA, André. **Agir por dever e ética formal**. Covilhã:Universidade da Beira Interior, 2008. In: Lusosofia Press. Disponível on line em <http://www.lusosofia.net/textos/barata_andre_agir_por_dever_etica_formal.pdf> Acesso em 20/11/2012
- BALDICK, Robert. **The Duel: The story of Duel by Robert Baldick**. London:The Hamlyn Publishing Group Limited, 1970
- BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 12/11/2012
- BRASIL. **LEI Nº11.417, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006. Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em 12/11/2012
- BUNGE, MARIO. **La Ciência, Su Metodo i su Filosofia**. Buenos Aires: Sigloveinte, 1974
- CHAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. São Paulo: Ática, 2000
- DAMASIO, Antonio R. **Descarte's error: Emotion, reason and the human brain**. New York: Avon Books, 1995
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001
- DIAMOND, Jared. **GUNS, GERMS AND STEEL: A short history of everybody for the last 13,000 years**. 10. ed. London: Vintage, 2005
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Domínio**. 4 ed. São Paulo: Atlas S/A, 2003
- FERREIRA, Fernando. **A matemática de Kurt Gödel**. Boletim da Sociedade Portuguesa de Matemática 55: 39-62, 2006. Disponível em <<http://www.ciul.ul.pt/~ferferr/GodelMat.pdf>>. Acesso em 10/11/2012
- GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. Ed. São Paulo:Atlas, 2008

GODOY, José Carlos. **O PROBLEMA DO MÉTODO NAS CIÊNCIAS HUMANAS: o caso da Geografia**. Mercator-Revista de Geografia da UFC, ano 03, nº 06, 2004. Disponível em < <http://www.mercator.ufc.br/index.php/mercator/article/view/120/91>>. Acesso em 26/10/2012

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Emocional**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006

HABERMAS, Jürgen. **Facilidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso**. Madri: Trotta S.A., 1998

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Barcarolla, 2009

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

KOHLBERG, Lawrence. **Psicología del desarrollo moral**. Bilbao: Desclée de Brower, 1992

LIDDELL, Henry George; SCOTT, Robert. **A Greek-English Lexicon**. 9. Ed. New supplement added. New York: Oxford University Press, 1996

LOBO, Alberto Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Ed. Do Senado Federal, Vol 78. Brasília: Senado Nacional, 2006

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. **Instituições de direito romano**. 2 Ed. São Paulo: Max Limonad, 1970

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: PORTO, 2005

MONDIN, Battista. **Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras**. 16. ed. São Paulo: PAULUS, 2006

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Metodologia científica aplicada ao direito**. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002

PLATÃO (427-347 a.c.). **As leis, ou da legislação e epinomis**. Bauru: EDIPRO, 1999

PENROSE, Roger. **The emperor's new mind**. New Preface Edition. New York: Oxford U. P., 1999

PONTES DE MIRANDA. **Systema de Scientia Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922

ROSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Escala, 2007

SCHOPENHAUER, Arthur. **O livre arbítrio**. In: Os Grandes Clássicos da literatura. Vol III. São Paulo: Novo Horizonte S/A, 1982

TURING, Alan M. **COMPUTING MACHINERY AND INTELLIGENCE**. Oxford U. P.: Mind, New Series, Vol. 59, No. 236. (Oct., 1950), pp. 433-460.